

# IGUALDAD Y DERECHO PENAL – UN ESTUDIO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL,

GIUFFRÈ ED., 2012.  
GIANDOMENICO DODARO

El autor pone de relieve el fatigoso proceso de afirmación del valor de la igualdad a lo largo de la historia. Esa igualdad que no solo puede ser encarada desde el punto de vista descriptivo, sino también axiológico, requirió una justificación hasta llegar al anclaje constitucional en el concepto de dignidad humana, al punto de constituir un parámetro autónomo de legitimidad.

En la ciencia penal se ha registrado una evolución que inicia con la adhesión de la doctrina en los primeros años de la República italiana, a la tradicional idea liberal de igualdad. Luego la igualdad hizo su aparición en las primeras teorizaciones del “constitucionalismo penal”, entre los 60 y los 70, pasando por una función crítica de los 70 a los 80, hasta llegar a un principio de igualdad como criterio de coherencia intrasistémica en la doctrina contemporánea.

Ya en la década de los 60 –período de consolidación de los derechos civiles– el principio de igualdad se consagró como prohibición de discriminación subjetiva. Y en la década de los 70 hasta fines de los 80 emerge el principio de proporcionalidad, como consecuencia de las primeras interacciones entre los principios de igualdad y los principios materiales del derecho penal.

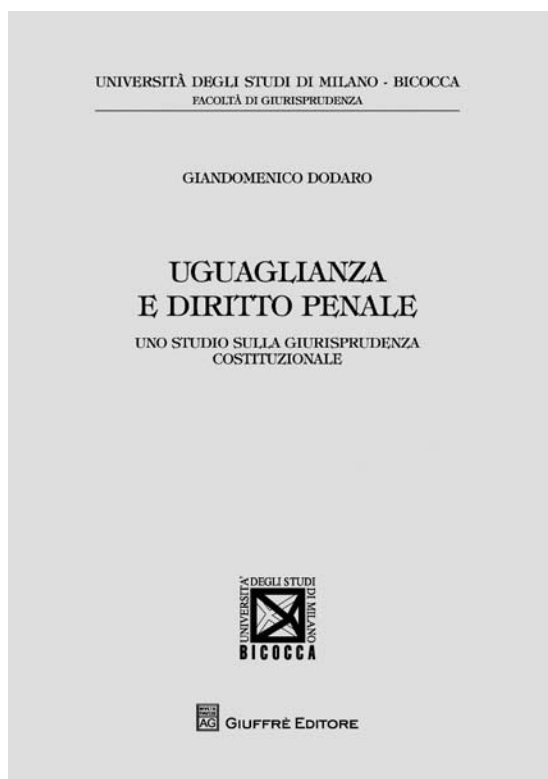
En la década del 90 y hasta los primeros años del 2000 se registra una consolidación de los principios de igualdad y proporción como instrumento de garantía de valor constitucional.

## La igualdad

El autor destaca la importancia del fundamento antropológico del principio de igualdad.

La igualdad de los individuos debe considerarse una dimensión necesaria del ordenamiento jurídico respecto a la persona, y es en cierta medida, un bien en sí.

Lo que hace a la igualdad un fin humanamente deseable es que sea justo. Asume un valor axiológico específico solamente en cuanto sea condición necesaria, aunque no suficiente de aquella armonía del todo, de aquel orden de las partes, de aquel equilibrio interno de un sistema que merece el nombre de justo.



Todo individuo es igual a los demás, desde el punto de vista de las características corporales y de la mente que lo caracterizan como “ser humano” y de las necesidades naturales propias de todos los hombres.

No se quiere que el hombre sea discriminado por su modo natural de ser porque no le puede ser adjudicado de manera alguna a una elección suya, y a lo que por lo tanto, no puede renunciar.

En un Estado constitucional de derecho, la tutela jurídica de igualdad y libertad tiene su justificación última no ya en la voluntad del soberano, sino en el estatuto moral del sujeto.

El autor advierte de una posible confusión de nociones. El concepto de igualdad se diferencia del de “identidad”. Mientras el concepto de “identidad” reconoce que, nos encontramos frente a un único objeto, el de igualdad presupone dos objetos diversos. El concepto de igualdad comporta, necesariamente, el de diversidad.

El principio constitucional de igualdad reconoce la condición del hombre entre la dimensión fenoménica y la deontológica y expresa una elección a favor de un valor difícil de realizar, asignando al Estado, un cometido infinito entre el relativismo del dato de la realidad y el absoluto de la exigencia de cada hombre de ser reconocido y tratado como tal.

En la Constitución igualdad viene a significar "igualdad en las libertades" como condición para garantizar la igual y recíproca dignidad de todas las personas que participan en el consorcio social.

Como dice el autor, "la igualdad es multiplicadora de libertad, como la libertad es multiplicadora de igualdad".

En los estudios más recientes, la idea de igualdad asociada al valor de la dignidad humana en cuanto connotación inalienable del individuo, es base de una relación de reconocimiento libre, igualitario, recíproco, y asumida como directriz de fondo de un programa político-criminal que en una óptica liberal patrocina una concepción del derecho penal basada en la idea de "igual respeto" de todos los seres humanos.

La actual reflexión de la ciencia penal revela una creciente atención a la igualdad y aparece caracterizada por una tendencia hacia la universalización de los derechos fundamentales de la persona, en cuanto ideal constitutivo de un modelo de democracia pluralista. Se registra una evolución en el significado de "igualdad" en varios países, de que la igualdad no es solo un punto de partida, sino una finalidad del Estado, y que las diferencias sociales existentes, no siendo un hecho natural, deben ser corregidas.

### **Igualdad y Derecho Penal.**

Luego de haber estudiado la igualdad desde el punto de vista ontológico y funcional, el autor trata su relación con el Derecho Penal.

La Escuela Clásica, sobre la base de la concepción de la identidad natural de los individuos, patrocinó una teoría del delito y fundó la legislación criminal sobre el principio de igualdad ante la ley. Perseguía un evidente fin "político" de matriz liberal, o sea la eliminación de las disparidades artificiales creadas por la ley frente a la naturaleza de la persona, lo que representará una de las mayores conquistas de la edad moderna, consecuencia de la Revolución.

Sobre la base de la desigualdad natural entre los hombres, por el contrario, la Escuela Positiva construyó su propio modelo de derecho penal. La igualdad ante la ley sería un concepto en contraste con la realidad, desde que todo hombre constituye una individualidad bio-psíquica diferente de toda otra, que tiene un modo propio de sentir y de explicarse. El derecho fundado sobre la igualdad termina por sustituir a las arbitrarias desigualdades artificiales, con una igualdad tan arbitraria y artificial. Al contrario, el derecho penal debe adecuarse a las condiciones de la individualidad humana, para que el "suum cuique tribuere" no sea una vana ilusión, y pueda la sanción social determinarse según el valor o el peligro de la voluntad delictiva.

Es en este decenio que el principio de igualdad comienza a delinear su propio significado en materia penal, como prohibición de discriminación subjetiva.

Las primeras aproximaciones al tema de la igualdad han sido estimuladas esencialmente por la percepción del carácter clasista, autoritario y discriminatorio de algunos institutos del código penal italiano como las penas fijas, el mecanismo de conversión de la pena pecuniaria, las presunciones de peligrosidad social, o de ciertos tipos penales sobre todo en materia de infidelidad conyugal o de tutela de la religión.

Con referencia a la pena, se piensa en la profunda incidencia que ha tenido sobre el sistema de respuesta al delito el pasaje del criterio que ha inspirado la "ley del talión" -según la cual el castigo debe igualar el delito en el tipo de mutilación- al criterio del "igual sufrimiento" que permitía relacionar el *malum passionis* al *malum actionis*, para llegar, en fin, al criterio utilitario según el cual la pena se justifica en clave de prevención y defensa social. De modo subyacente se piensa en la diferencia que subsiste en que la respuesta al delito deba ser según la gravedad del hecho y de la culpabilidad (Escuela clásica) o según la "predisposición criminal" subjetiva del autor (Escuela positiva).

La igualdad, frente a la pena, viene a significar, en definitiva, "proporción" de la pena respecto a la responsabilidad "personal" y a las exigencias de respuesta que de ella derivan, desarrollando una función que es esencialmente de justicia y también de tutela de las posiciones individuales y de los límites de la potestad punitiva estatal.

La jurisprudencia constitucional ha mostrado que la igualdad tiene un ligamen estrechísimo con el derecho penal. Como principio general del ordenamiento jurídico, condiciona o influye la política penal en todos los ámbitos. Opera no solo como criterio formal de control de desigualdades o equiparaciones normativas, sino que contribuye a la solución de algunos problemas clásicos de justificación y límite del derecho penal. De esos ejemplos tratará la parte final de este libro, siempre remitiendo a fallos de la Corte Constitucional italiana.

### **Principio de proporcionalidad e igualdad.**

Sostiene el autor que el principio de proporcionalidad está en la base de la racionalidad que domina el principio de igualdad. Esta afirmación, formulada con referencia a un ámbito específico en que viene tradicionalmente reconocida la virtualidad del principio, como la medición de la pena, se puede decir que tiene validez general para toda la materia penal.

Si hay una categoría que sirve para expresar y marcar el pasaje del Estado liberal de derecho del siglo XVIII, rápidamente identificado con el principio de legalidad, al contemporáneo Estado de derecho constitucional, que encuentra su base en el principio de constitucionalidad, esta es ciertamente la racionalidad.

La constitucionalización del derecho penal, haciendo depender la validez de las normas de su "justificación", al medir a través de la igualdad y de la proporción, se abre necesariamente a valoraciones de racionalidad desde el punto de vista de la racionalidad axiológica e instrumental. La racionalidad ha roto en muchos puntos los límites de la legalidad formal del siglo XVIII, típicos de una concepción estadocéntrica, abriendo el derecho a la sociedad y permitiendo que ella haga sentir su propia voz.

Lo que en Italia se conoce como control de racionalidad, en el extranjero se identifica como control de la no arbitrariedad de la ley.

Igualdad y racionalidad son dos conceptos que no se identifican y no pueden ser confundidos. Expresan desde el punto de vista axiológico valores distintos.

Si igualdad es un principio que prescribe tratar lo que es igual de modo igual y lo que es diverso de modo diferente, todo juicio de igualdad obliga a plantearse al menos dos interrogantes, entre los cuales está en juego la idea de racionalidad. Uno, según el cual se pregunta si el legislador ha razonablemente valorado la diversidad y las analogías entre las diferentes categorías de destinatarios de la norma. El otro, que refiere a la racionalidad de la elección del tratamiento legislativo a practicar, basada en la valoración preliminar de diversidad/igualdad.

De hecho, en numerosos países, como Alemania, Austria, España y países latinoamericanos, las argumentaciones de racionalidad pertenecen no solo al juicio de igualdad sino que se insertan también en el juicio de proporcionalidad.

El principio de proporción comienza a ser valorizado en el ámbito del juicio de igualdad, como parámetro de la ilegitimidad de la ley penal, en la dirección de un control de constitucionalidad que no mira tanto la justificación de la diversidad de tratamiento sino la medida de pena.

A diferencia del principio de igualdad, el principio de proporción está, desde hace tiempo, incluido por la doctrina penal entre las normas fundamentales del derecho penal. Eso refiere tanto a la legitimación de la elección inculpativa, en el sentido de que el bien jurídico tutelado debe tener una significación constitucional igual o superior a la de la libertad personal, como a la relación de la pena, en el sentido de requerir un vínculo de equiparación entre la privación de la libertad personal y la ofensa contenida en el delito.

Para el autor, la admisibilidad de un juicio de proporción sobre normas que diferencian mucho o demasiado poco, confiere al juicio de igualdad un importante valor agregado, porque permite desplegar una función que es sustancialmente de justicia. En definitiva, igualdad con respecto al ilícito penal, significa, ante todo, construcción de delitos según "tipos objetivos".

En relación a la pena, viene a significar, en definitiva, "proporción" de la pena respecto a la "personal" responsabilidad y a las exigencias de respuesta que se derivan, cumpliendo una función que es esencialmente de justicia y también de tutela de las posiciones individuales y de límite de la potestad punitiva del Estado.

En cuanto a la finalidad reeducativa de la pena, no está limitada a la sola fase de ejecución, sino que constituye una de las cualidades esenciales y generales que caracterizan a la pena en su contenido ontológico, y la acompañan desde que nace, en la abstracta previsión normativa, hasta que se extingue en concreto: tal finalidad reeducativa implica por lo tanto un constante "principio de proporción" entre calidad y cantidad de la sanción de una parte, y ofensa, de otra.

En Italia, en los años 80 se producen los primeros pronunciamientos que valorizan el principio de reeducación de la pena (art. 27,3 Co) en combinación con el principio de igualdad, invalidando numerosas normas del ordenamiento penitenciario.

Por aplicación del principio de proporcionalidad fue declarada la inconstitucionalidad de penas relativas a delitos de bagatela así como por razones de los efectos prácticos producidos en la vida del condenado. También se lo ha tomado en consideración frente a la dualidad pena fija- pena proporcional; a la conversión de la pena de multa en privativa de libertad, medidas de seguridad basadas en presunciones de peligrosidad; y en el sistema de ejecución penal frente a determinado tipo de reclusos como los portadores de VIH.

En algunas ocasiones ha servido para justificar hipótesis de no punibilidad.

La Corte ha declarado la inconstitucionalidad de la norma que disciplina la conversión de la pena pecuniaria no pagada por insolvencia del condenado, por considerarlo una injustificada discriminación subjetiva.

### **Principio de ofensividad.**

Se plantea el autor la cuestión de la compatibilidad constitucional del sacrificio de la libertad, que la ciencia penal coloca dentro del principio de ofensividad, y resuelve en un clásico problema de proporción.

La proporción no puede indicar cuál es el instrumento de intervención que garantiza la mejor tutela de los intereses con el menor sacrificio de la libertad, o cuál debe ser la configuración de la norma penal más idónea para el fin perseguido.

Sirve, sin embargo, para evidenciar que la ley penal es inconstitucional por violación del principio de igualdad cuando se revela no necesaria o inidónea, porque comporta una limitación de un derecho fundamental, igualmente reconocido a todos los individuos, sin justificación.

Sostiene que se consolida la ilegitimidad constitucional de los delitos que no atacan un bien jurídico.

Con respecto al delito de peligro abstracto, el principio de ofensividad está reconocido como límite de rango constitucional a la discrecionalidad del legislador, a raíz de discutir su legitimidad constitucional.

En ese caso, el juicio sobre la ofensividad consiste en controlar si la valoración legislativa de peligrosidad del hecho incriminado no resulta irracional y arbitraria, sino que más bien responda al *id quod plerumque accidit*. Una declaración de inconstitucionalidad podría darse solo en los casos de evidente irracionalidad de la norma que incrimina hechos que en ningún caso pueden resultar dañosos o peligrosos.

### Ejemplos

Contiene la obra un catálogo de situaciones en que ha sido recogido el principio de igualdad como parámetro de inconstitucionalidad, que el autor se encarga de desarrollar.

Así, en Italia existe una prohibición penal de mendicidad no invasiva, pero ha sido declarada inconstitucional por contradecir el principio de igualdad en cuanto comporta una limitación de un derecho de libertad, la libertad de pedir ayuda al prójimo. Este delito penaliza en definitiva un status subjetivo, dando vida, en última instancia a una hipótesis de derecho penal de autor, incompatible con la prohibición constitucional de discriminación subjetiva.

Otro ejemplo resulta de la norma italiana que viola, sobre todo, el principio de igualdad, en cuanto dispone para todos los delitos cometidos por un extranjero indocumentado un tratamiento punitivo más severo respecto a aquel previsto para el resto de las personas, sobre la base de una presunción general y absoluta de mayor peligrosidad privada de fundamento racional.

Tampoco según la Corte constitucional es conforme al principio de racionalidad, y contrasta con el art. 3 de la Constitución, el art. 569 del CPI, en la parte en que establece que, en caso de condena pronunciada contra el progenitor por el delito de alteración de estado civil, previsto en el art. 567,2

CPI, lleva implícita la pérdida de la patria potestad, basada en una presunción absoluta de inidoneidad de los progenitores.

Asimismo, también son violatorias del principio de igualdad las presunciones de peligrosidad social que son obiter dictum definidas como “instrumentos antiliberales” e “inciviles”, introducidos por una cierta desconfianza del legislador en el poder discrecional del juez.

Los resultados más relevantes se han conseguido con respecto a las discriminaciones subjetivas.

La Corte constitucional ha desarrollado en el curso de los años una jurisprudencia conspicua y siempre más exigente, sobre todo en el campo de las diferenciaciones normativas basadas en las condiciones personales y sociales del reo o de la víctima.

En este sentido, se han eliminado del ordenamiento penal italiano formas odiosas de disparidad de tratamiento de categorías particulares de ciudadanos (militares) o de individuos (extranjeros), de grupos de personas discriminadas por motivos de sexo (mujeres), o de minoridad marginada, por condiciones económico sociales (mendigos), por razones históricas de orden cultural (creyentes no católicos), o personales (ebriedad).

Se han dado sentencias de inconstitucionalidad con respecto a tipos penales; consecuencias sancionatorias del delito; circunstancias agravantes; normas relativas a la ejecución de la pena; disposiciones que definen el ámbito de aplicación de mecanismos de clemencia colectiva; la disciplina de la extradición; y normas construidas sobre presunciones normativas.

Estamos en presencia de una obra enjundiosa, profusamente documentada, con constantes referencias a la jurisprudencia constitucional italiana, que trata sobre un tema de candente actualidad, trayendo los más recientes desarrollos de una herramienta que –intuida siempre– carecía de sistematización hasta ahora, y que puede ayudar a hacer un Derecho Penal más justo.

*Dr. Europeus Dr. Pedro J. Montano  
Prof. Agregado de Derecho Penal  
Universidad de la República  
Montevideo - Uruguay*