



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

2011

“LA PENA NATURAL: SU APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.”

Tutor: Miranda, Julio Cesar

Alumno: Gimenez Manzano, Lilian Maricel

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: 14 de Diciembre de 2011

Dedicatorias y agradecimientos.

A mis padres Bernardo y Mónica, por su constante apoyo a lo largo de toda mi vida y carrera, por la instrucción recibida que me forjaron a ser la mujer que soy.

A mis hermanos, y amigos fuente de lágrimas y alegrías.

A mi amor.

A todos ellos, muchas gracias de corazón.

RESUMEN

En el capítulo primero abordaré la pena en general, sus diferentes acepciones, clasificación, y la teoría de la pena. A su vez, los fines que tiene la pena, y si por la imposición de esta llega a lograr sus objetivos.

Luego en el capítulo siguiente, centrare en lo que es la columna vertebral de mi tesis "La Pena natural", este instituto que viene de antaño, pero que recién ahora con la reforma del código de procedimiento obtuvo sustento normativo.

En el capítulo III expongo un tema, que no deja de ser menor, los Sistemas y Principios. Estos habilitan el posicionamiento de un sistema penal en un estado determinado.

En el capítulo IV, describo el principio de oportunidad o reglas de disponibilidad, donde nuestra normativa santafesina ubica a la pena natural como instituto entre otros.

En el capítulo V expongo las conclusiones finales.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

Autores como Zaffaroni, Slokar, Alagia, y el Dr. Carbone, Carlos, entre otros, si bien tratan el instituto de la pena natural, no hay aun variada doctrina que haya ahondado en el tema.

El instituto de la pena natural puede ser encontrado en el ordenamiento jurídico según la materia en la que profundicemos, a saber:

- Posicionándonos en el derecho Penal podemos encontrarla como una cuestión de “inculpabilidad”.
- Posicionándonos en la pena en sí, y su determinación, puede ser que se encause en los artículos 40 y 41 del código penal., atenuando o disminuyendo dentro del mínimo legal o fuera de éste.
- Y por ultimo, si buscamos a la Pena Natural en el derecho procesal penal, debemos recurrir al art 19 inc. 3 del reformado CPPSF Ley 12.734 o el CPPSF de transición Ley 12.912 Art.10 II, como un Criterio de Oportunidad entre otros.

Existe cierta jurisprudencia con relación al instituto, como ser:

- Juzgado de Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia de 8va Nominacion de Rosario. El 04-06-2009. Beloso, Martin David. En el cual se declara extinguida la acción penal por aplicación del art 10.inc 3 CPPSF (Transición).
- Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 4 de Mar del Plata. 11-11-2009. Muñoz, Raúl Mario. En el cual se absuelve al imputado del delito de tenencia de arma de guerra.
- Camara de Apelaciones en lo Penal de Venado Tuerto. 25-09-2009. W.D.D. Aquí el juez penal absuelve al imputado de delito de homicidio culposo y lesiones culposas por causar la muerte de su hija y heridas a su mujer. Considera al caso como pena natural.
- Tribunal de Casacion Penal de Buenos Aires sala II.16-08-2007. B.J.S. El juez correccional condenó al imputado por lesiones culposas al imputado por conducir un vehiculo donde lesiona a su esposa e hijo. El tribunal de Casacion Penal lo absolvió.

MARCO TEORICO

Estará dado por los diferentes autores que expongo a lo largo de mi trabajo.

El trabajo de la pena natural esta apuntado en su generalidad a la materia procesal, o sea de forma, porque el criterio de oportunidad está inmerso en el. Pero esto no significa dejar de lado el derecho penal que es materia de fondo del cual tomo numerosos conceptos.

El concepto de pena natural es extraído de variada doctrina y jurisprudencia que se expondrá a lo largo de la investigación.

Luego, en la clasificación de los principios procesales penales me remitiré a Julio Maier por su manifiesta practicidad en el analisis de la cuestión.

INTRODUCCION

El siguiente trabajo está ubicado en lo referente a la rama del Derecho Público.

Más precisamente, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y Derecho Constitucional.

El problema

En cuanto a la función Procesal de la Pena Natural:

¿Cuándo es aplicable una pena natural como criterio de oportunidad?

¿Qué consideraciones debe tener el fiscal para solicitarla? ¿Y la defensa?

¿Para qué sirve el instituto?

¿Qué criterios subjetivos y objetivos considerará el magistrado para aplicarla?

¿En qué momento se solicita? Y si pasa el momento que indica el CPPSF, ¿puede ser solicitada más tarde?

Hipótesis

Por medio de este trabajo dejare expuesto los distintos exámenes que deberá realizar el juez, y fiscal a la hora de solicitar la pena natural como criterio de oportunidad.

También veremos que no solo la solicitud del criterio de oportunidad a pedido de parte debe presentarse hasta la audiencia preliminar de Juicio en la Investigacion Penal Preparatoria como lo ordena la normativa, sino que aun luego, en la segunda etapa del Juicio podría ser presentado.

A su vez, quedará de manifiesto que el magistrado cuenta con innumerables herramientas para dar lugar a la pena natural, ya que si no es utilizada como criterio de oportunidad como lo indica el derecho de forma, igualmente lo puede utilizar como opción absolutoria al momento de la sentencia.

Relevancia del tema

El tema es innegablemente importante, ya que a menudo suceden ilícitos en los cuales los mismos imputados sufren consecuencias terribles, aun mas graves que las

de las propias víctimas. Por ello se hace indispensable una valoración de todos los aspectos del delito y sus consecuencias, porque podría resultar disvalioso la aplicación de una pena (judicial) y desgastar todo el aparato jurisdiccional y social, cuando el imputado ya sufrió gravemente como consecuencia de su accionar disvalioso.

Objetivos generales

El análisis de los principios procesales penales, la pena, y de los criterios de oportunidad.

Objetivos específicos.

La pena natural como instituto de fondo y ahora de forma.

Capítulo I

LA PENA. CONCEPTO. TEORIAS. HUMANIZACION.

SUMARIO: 1. Introducción; nociones preliminares. 2. Concepto de pena. 3. Evolución. 4. Teorías de la pena 5. Ius Puniendi. 6. La coerción penal como medio de proveer a la seguridad jurídica. 7. Humanización de la pena. 8. Disposiciones Internacionales. 9. Influencia de la política criminal. 10. Conclusión.

1. INTRODUCCION.

En este primer capítulo ahondaré acerca de lo que llamamos pena. Sus conceptos, evolución, clasificaciones, y las distintas teorías que habilitan a un estado determinado a enarbolar como bandera un sistema penal en base a la teoría adoptada.

Luego, centrare el análisis en uno de los principios en boga, y a su vez lo califico como importantísimo, es el principio de humanidad, el cual será la base, junto a otros principios, para el desarrollo del siguiente trabajo.

No puedo dejar de mencionar que en éstos tiempos modernos ya no se podría decir que todos los delitos tengan como consecuencia una pena, ni que sea la pena la única consecuencia del delito.

2. CONCEPTO DE PENA.

Generalmente es concebida como un mal impuesto a aquellos que cometieron un delito. (a) Es una reacción contra quienes atacan a la sociedad.

Desde otro punto de vista, son privaciones o restricciones de bienes jurídicos establecidos por la Ley e impuestas por un Juez a quien ha cometido un delito.

Los bienes jurídicos pueden ser diversos (libertad, propiedad, vida, etc.).

El poder judicial es el órgano habilitado para la imposición de la misma cuando se comete un delito.

La doctrina, en su generalidad, extrae cinco principios de la pena:

- Personalidad de la pena: solo es aplicada, o recibida al infractor del delito.
- Principio de igualdad: todos somos iguales ante el derecho penal.

- Principio de proporcionalidad: es un concepto abstracto ¿cómo valorar lo que vale un robo o un asesinato? No hay equivalencia, se trata de un convenio. Bien se sabe que hay grados en la pena, unas más graves que otras.
- Principio de humanidad: las penas no pueden ser crueles.
- Principio de resocialización: tendencia a resocializar al delincuente, no pueden consistir en trabajos forzados

Von Liszt la define como “El mal que el juez inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprochabilidad social con respecto al acto y al autor”. (b)

3. EVOLUCION DE LA PENA

En los tiempos primitivos no existían penas estructuradas y preestablecidas, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias no sólo para el ofensor sino también para todos los miembros de su familia, clan o tribu.

Cuando se responsabilizaba a alguien por la violación de una de estas prohibiciones (tabú), el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor, por ello no existía relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo.

Las penas antiguas a saber :

a) La Ley de Tali3n

Establecía limitaciones en la venganza, aparecen como método de castigo con *el* C3digo de Hammurabi, La Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica,

que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. En otras palabras: "ojo por ojo, diente por diente".

b) Composiciones voluntarias

Las mismas consistían en un acuerdo entre las partes para fijar el precio del daño causado, o de la sangre. Éstas tienen un carácter voluntario ya que el autor del daño no estaba obligado a hacer una reparación. Si no había acuerdo se recurría al Talión. A modo de ejemplo, en la Ley de las XII Tablas (450 a. C.) se establecía que “si le arrancó un miembro y no se avino con él, aplíquese talión”. Es decir que en caso de que alguien hubiese mutilado un miembro a otro, y si no hubiera transacción, o sea, composición voluntaria se le imponía al autor la pena del talión.

c) Composiciones tarifadas

Las composiciones adquieren un carácter obligatorio y su monto es fijado por el Estado. Puede citarse como claro ejemplo a un viejo delito del Derecho Romano que preveía que la pena ante la mutilación de árboles “Arboribus succis” sería de 23 ases.

d) Sistema de pena pública.

El Sistema de pena pública supone que el Estado desplaza totalmente a los particulares en el derecho de impartir justicia; quedándose con la exclusividad de imponer penas.

Ya en el siglo V a. C., y volviendo a la Ley de las XII Tablas, implícitamente se distingue entre la pena pública y la pena privada. Dentro de la pena pública están los crímenes o ilícitos penales que eran atentados contra el pueblo romano,

como el perduleio o traición al pueblo romano y de los ilícitos más graves como el parricidium. Los crimina eran perseguibles de oficio y sancionados con la pena capital o en su caso el exilio.

Pero la misma Ley, establecía también una distinción que implicaba la existencia del delito privado, ilícitos privados, de menos gravedad y de persecución a instancia de la víctima o de sus familiares. Estos ilícitos eran castigados con pena pecuniaria a favor de la víctima, dependiendo de la gravedad del mismo. Consistían en daños a bienes de terceros, el furtum y la iniuria o delito de lesiones. En el Derecho Romano, no se desarrolla en principio por completo el sistema por el cual el Estado se queda con la exclusividad de imponer penas; sin embargo con el transcurso del tiempo los delitos privados pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a pena pública.

Durante la época de la República, solo van quedando como delitos privados los más leves. En la época del Imperio los tribunales actuaban por delegación del emperador; el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más. Con el desarrollo del período imperial no se tratará ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino de que todos serán intereses públicos.

Con las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio (1256-1265) queda definitivamente consagrado el carácter público de la actividad represiva, y se establece que la finalidad de la pena es la expiación, es decir, la retribución del mal causado, como medio de intimidación, para que el hecho no se repita.

4. TEORIAS DE LA PENA

Puede decirse que cada teoría de la pena corresponde a una teoría del derecho penal con sus referentes raíces filosóficas y entramadas con la política.

Existe una gran cantidad de teorías, pero en este trabajo me limitare a exponer las que describe el Dr. Zaffaroni. (c)

Las clasifica en absolutas, relativas, y mixtas.

- a) Teorías absolutas: sostiene que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda considerarse un medio para fines ulteriores. La pena es para realizar la justicia. Adeptos principales: Kant y Hegel.

Dice Kant: “la imposición de una pena es un imperativo categórico”. Por ello la razón del castigo es la comisión del delito.

Queda agotado el fin de la pena en la retribución.

Dice Righi y Fernandez: “la pena es concebida por esta teoría como reacción por lo sucedido y desvinculada del porvenir, pues su fin es reparar el delito y no evitar hechos futuros. (4)

- b) Teorías relativas, en oposición a la anterior, la pena es concebida como medio para obtener futuros objetivos.

Se subdividen en teorías relativas de prevención general, en la cual la pena surte efectos sobre los miembros de la comunidad jurídica que no han delinquido; y la prevención especial, donde sus efectos recaen sobre el penado.

Referido a la prevención general, ésta teoría no fundamenta la pena, ya que se la considera como instrumento del estado al ser un remedio para que no cometan delitos. La herramienta para prevenir la criminalidad.

Pero tiene su otra cara, es la peligrosidad en su uso, ya que al estado se le dificulta fundamentarla en cuanto a legitimidad. Lo que denota el llamado por algunos “terror penal”.

La teoría relativa de prevención especial trata de prevenir nuevos hechos del mismo autor, o sea, que no reincida.

Es semejante a la prevención general en cuanto que se la considera como herramienta del estado, pero aquí la amenaza coactiva se dirige al propio autor del delito.

- c) Las teorías mixtas generalmente parten de las teorías absolutas e intentan cubrir sus fallas con las teorías relativas. Estas son las más difundidas actualmente, por un lado piensan que la retribución es impracticable en todas sus consecuencias y, por otro, no se adhieren completamente a la prevención especial. La jurisprudencia alemana sigue el lema: “prevención general mediante la retribución justa”.

Righi y Fernandez llama a esta teoría como unificadora y que cada concepción se concreta según el momento que se considere.

5. IUS PUNIENDI (5)

El ius puniendi es un principio constitucional, entre otros, que configura la política criminal, del cual el Estado queda limitado en sus ejercicios a la Constitución.

El estado está sujeto en su ejercicio al ius puniendi. En otras épocas el poder imponía unas sanciones sin sujetarse a restricciones, de forma arbitraria.

En este estado moderno el Estado ejerce el monopolio del derecho a castigar pero este derecho está delimitado por la CN que garantiza los valores y derechos, los conceptos de delito y cuál es su pena.

Antiguamente, este poder era absoluto, sin límites. Pero desde el nacimiento de los estados constitucionales, comienzan a poner un freno a esta discrecionalidad estatal. No solo la ley se somete a la constitución, sino que también lo hacen los 3 poderes.

La naturaleza del Ius Puniendi deviene del Estado como sujeto de la potestad penal, del cual está facultado para imponer la pena que establece el orden jurídico. (6)

El límite está dado por (7):

- El derecho penal objetivo: una sociedad organizada por normas legales represivas, y a su vez configura la garantía para determinar las figuras delictivas y sus penas con anterioridad al hecho que motiva la intervención punitiva del estado.
- El estado solo interviene en la esfera de lo punible, otorgando pena a conductas específicas. Pero esa intervención estará limitada a la dignidad humana, ya que la relación culpa-castigo no puede ser avasallada por la objetividad del poder penal por el estado.

6- LACOERCION PENAL COMO MEDIO PARA PROVEER A LA SEGURIDAD JURIDICA

Hay muchas consecuencias jurídicas aplicables a los delitos, pero la consecuencia en materia penal es la pena; y ésta es la expresión de la coerción penal.

Por coerción penal dice Zaffaroni: “Es la acción de contener o de reprimir que el derecho penal ejerce sobre los individuos que han cometido delitos. Y la pena es la coerción material. Y por otro lado, la coerción formal: se ocupa de todas las medidas que dispone la ley penal, incluso para los casos en que no hay más que una exterioridad de delito, y también de otras consecuencias del delito que por su naturaleza no pertenecen al derecho penal, pero que están tratadas en la ley penal”. (7)

La coerción jurídica va a diferenciarse de lo que es la coerción penal porque esta última alienta la prevención especial o la reparación extraordinaria.

Por ende una pena está íntimamente asociada a una conducta. Y por ello la pena sigue el mismo objetivo que la ley penal y el derecho penal: la seguridad jurídica, con la prevención de futuras conductas delictivas.

Zaffaroni la llama prevención especial ya que refiere al accionar de la pena sobre el autor, para que aprenda a sobrevivir son realizar acciones que impidan o perturben la existencia ajena.

Contrariamente a lo que llama prevención general o retribución ejemplarizante, ya que se dirige a todos los integrantes de la comunidad jurídica.

Entonces la prevención general o sanción reparadora ordinaria es propia de las disciplinas no penales.

La violación de un precepto jurídico también llamado antijuridicidad genera sanciones no penales, reparadoras (retributivas).

Pero hay veces en que esas conductas antijurídicas son delitos y no se bastan con una mera retribución, sino que además requieren una prevención diferente (que es propia del derecho penal o coerción penal) especial o extraordinaria.

Por ello y siguiendo a Zaffaroni es dable aclarar que “punibilidad” tiene dos sentidos:

a) punibilidad como posible merecimiento de la pena, ser digno de ella, o sea que todo delito es punible.

b) punibilidad como posibilidad de aplicar pena; no a cualquier delito se le aplica pena.

En una integración de a y b puedo arribar a que no siempre que haya delito(a) opera la coercibilidad penal por no ser posible en el caso concreto (b) y que nada tengan que ver con el delito.

El articulado del CP dice: **Art. 40.-** En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Por su parte el **Art. 41.-** A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado;

2°. la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

La disposición del Art. 41 intenta equilibrar lo que es el límite teleológico de la pena (la peligrosidad) con el límite jurídico-político (señala la tolerancia de la seguridad jurídica).

Dentro de nuestro sistema positivo, la limitación de la coerción penal es teleológica (en cuanto a la peligrosidad) y también está delimitado por la seguridad jurídica. Por esto la pena debe guardar proporcionalidad con: a) el grado de afectación al bien jurídico y b) el grado de culpabilidad (reprochabilidad) consecuente de la conducta del autor.

Zaffaroni dice: “(...) art. 41 CP debe interpretarse que la pena debe ser adecuada a la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta, pudiendo disminuirse conforme a la peligrosidad”. “En consonancia con el objetivo de seguridad que la CN asigna a la pena (art 18 CN), con la legislación vigente en materia penitenciaria y decreto-ley 412/58 ratificado por ley 14.467), cuyo artículo primero dice:” la ejecución de las penas tiene por objeto la readaptación social del condenado” y con la finalidad esencial de reforma y readaptación que le asigna el párrafo 6° del art 5° de la CA de Derechos Humanos.”

Volviendo al tema de la reprochabilidad que de una conducta se le hace a su autor es la culpabilidad. Esta culpabilidad se basa en que pudo exigírsele otra conducta distinta según las circunstancias. Por esto es que hablamos de diferentes estratos de la culpabilidad o de grados de reprochabilidad.

Entonces para reprocharle la conducta a un sujeto este debió tener la oportunidad de elegir, la autodeterminación. Éste es el llamado derecho penal de culpabilidad que concibe al hombre como persona.

Después existe la otra teoría, diferente a la de la teoría retributiva de la pena o de derecho penal de culpabilidad que se describió en los párrafos anteriores. Es la llamada teoría de la peligrosidad o reeducadora o resocializadora de la pena.

En esta última, el hombre solo se mueve por causas, determinado, no elige. Aquí no hay culpabilidad. Y al no existir ésta no se tendrá en cuenta para la pena. Pero si tendrá en cuenta en la coerción el grado de determinación que tuvo el autor para con el delito, o sea, la peligrosidad.

Aquí la pena tendrá como único objeto (y límite) la peligrosidad.

Volcando palabras de Zaffaroni coincidimos en que: “La pena no retribuye lo injusto ni su culpabilidad, pero debe guardar cierta relación con ambos, como único camino por el cual puede afianzar la seguridad jurídica y no lesionarla”.

Esto significa que se debe tomar en cuenta la cuantía de la lesión a los bienes jurídicos, a lo que se llama el injusto (conducta-típica-antijurídica) y también al grado-magnitud de la culpabilidad.

7. HUMANIZACION DE LA PENA. (8)

La **humanización de la pena** es la evolución sufrida por el Derecho penal en cuanto a la *intensidad y motivación del castigo* impuesto al condenado.

Es un principio al cual debe ajustarse toda ley penal, y por ende su interpretación, ya que habilita la constitucionalidad de cualquier pena o consecuencia del delito.

Toda sanción deberá tener un límite, un fin, no puede ser perpetua.

Para Zaffaroni, este principio de humanidad de las penas tiene vigencia absoluta y no debe ser violado en los casos concretos, o sea que debe regir en la acción legislativa como judicial, esto indica al juez la labor de control y garantía en el respeto de este principio.

La palabra “*humanizar*”, significa atenuar, aflojar, suavizar, volver más sociable y humano, civilizar; y es sinónimo de ablandar, desenojar desenfadar, dulcificar y aplacar.

La *humanización de la pena* es la evolución sufrida por el Derecho penal en cuanto a la intensidad y motivación del castigo impuesto al condenado.

Durante la etapa de venganza libre nos enfrentamos a las penas más crueles, su intensidad variaba según la fuerza que tuviera la víctima o sus familiares contra el delincuente. En el caso de la venganza talonaria, si bien comienzan a aparecer regulaciones para las penas, éstas no disminuyen su crueldad. Como ya fue señalada la Ley de Hammurabi establecía para una gran cantidad de delitos graves, y no tan graves, la pena capital. Con respecto a delitos menores se establecían penas que consistían en la mutilación del cuerpo del penado, entre otros castigos tales como arrojar la víctima al río, etc. Vemos, como las penas carecen de humanidad y tienen un sentido puramente intimidatorio. En el Derecho Romano, no es sino hasta la etapa Imperial cuando las penas empiezan a reducir su severidad, si bien se sigue manteniendo la pena capital. Hasta los siglos XVII y XVIII e incluso durante estos siglos, fueron comunes penas tales como: el fuego, la espada, el descuartizamiento, la horca, la muerte por asfixia, el enterramiento del cuerpo vivo, el hierro candente y la flagelación.

No debe dejarse de lado el Principio de Proporcionalidad, del cual las penas deben ser proporcionales a los delitos.

No es lógico que todos los delitos deben ser castigados de la misma manera; los delitos deben ser castigados, conforme la magnitud del bien tutelado que violaron o pusieron en peligro, señalamiento que claramente realiza Beccaria en el capítulo XXIII de su tratado, al asegurar que la escala a utilizarse en el establecimiento de la magnitud de la pena a imponerse, debe estar compuesta invariablemente de los deseos e impulsos que motivaron a la persona a cometer el delito y el fin que se perseguía realmente al momento de cometer este, es decir, las penas deben ser establecidas conforme al grado de ofensa que se hizo a la sociedad con la falta cometida.

- La finalidad de la pena:

La finalidad real de las penas, debe ser el no permitir que el infractor continúe desafiando el marco legal de la sociedad, no continúe haciendo daño a los ciudadanos, los cuales deben ser persuadidos por la imposición de la pena justa a este "reo", para que se sustraigan de cometer alguna falta de carácter similar. "El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que los hagan iguales. Las penas por consiguiente, y el método de infligirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo".

- La tortura, el tormento debe abolirse:

Con relación a tan delicado tema, Beccaria manifiesta que el tormento es una de las peores prácticas que se puede realizar, dentro del sistema de justicia, pues carece de todo valor probatorio. Si un ser humano es sometido a una serie de torturas

descomunales, seguramente terminara diciendo lo que su verdugo espera que diga, razón por la que este método retrograda, no tiene ningún motivo que justifique su existencia dentro de la procuración de justicia. Una extraña consecuencia, que necesariamente se sigue del uso de la tortura, es que al inocente se lo pone en peor condición que al reo; pues si a ambos se les aplica el tormento, el primero lleva las de perder, ya que, o confiesa el delito y se lo condena, o si se lo declara inocente, y ha sufrido una pena indebida. En cambio, el culpable tiene una posibilidad a su favor, toda vez que si resiste con firmeza la tortura, debe ser absuelto como inocente, con lo cual ha cambiado una pena mayor en otra menor. Por consiguiente, el inocente no puede más que perder, y el culpable puede ganar.

- Prontitud de las penas:

Cuando la pena sea más pronta y más próxima al delito cometido, tanto más justa y más provechosa será. Es necesario fijar plazos breves pero suficientes para la presentación de las pruebas en defensa del reo y para la aplicación de la pena. Beccaria justifica este principio en que: la pena no es otra cosa que la consecuencia del delito y aplazar su aplicación, no representa otra cosa que la separación cada vez más errónea de estos dos conceptos, íntimamente ligados, tanto en la teoría como en la práctica. El acusado de ser sentenciado con una tardía innecesaria, entraría en una etapa de tortura psicológica, al estar inmerso en la incertidumbre sobre la pena a la que se hará acreedor, a lo que se suma la necesidad de no dar tiempo a que el inculcado o alguna persona que esté en confabulación, pueda modificar o destruir los elementos que servirán para decretarle la culpabilidad.

- La crueldad de las penas es inútil:

En el capítulo XV de su tratado Beccaria hace referencia a la suavidad de las penas y sostiene que la pena debe ser proporcional al delito y debe desterrarse de ella, cualquier rastro de atrocidad, ya que de lo contrario, este hecho representa en primer lugar para el posible infractor, un estimulante que lo invita a desafiarla, obviamente con miras a jamás tener que probar su eficacia y en segundo una especie de escuela del delito, donde el legislador guía al delincuente, mostrándole todas las puertas que existen para violentar el estado de derecho. "Uno de los mayores frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad y, por consiguiente la vigilancia de los magistrados y la severidad del juez inexorable, la cual, para que sea una provechosa virtud, deben ir acompañada de una legislación suave".

8. DISPOSICIONES INTERNACIONALES

El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta entre otras cosas en la Declaración Universal de Derechos Humanos , en su artículo 5 que "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

Posteriormente, el 10 de diciembre de 1984 se firma la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que tiene la intención de hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo. Dicha Convención define el concepto de tortura: "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por

cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia” . Establece la siguiente excepción: “no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. Sostiene también que “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”.

9. POLITICA CRIMINAL o criminológica

Por política entendemos a la actividad del gobierno (ejecutivo), la toma de decisiones puntuales. En cambio el legislativo toma decisiones de tipo general, con vistas a la perdurabilidad.

Zaffaroni conceptualiza a la política criminal como la “política respecto del fenómeno criminal, (...) arte o ciencia del gobierno respecto del fenómeno criminal, y no podría oponerse nunca al derecho penal, puesto que el derecho penal no podría ser más que un aspecto de su materialización o instrumentación legal.”

Sigue diciendo: “ciencia o el arte de seccionar los bienes que deben tutelarse jurídico-penalmente y los senderos para efectivizar dicha tutela, lo que ineludiblemente implica el sometimiento a crítica de los valores y senderos ya elegidos. (9)

Se considera que nace con la Scuola Positiva de la segunda mitad del siglo XIX (Lombroso, Garofalo, Ferri).

Refiere a la política del Estado guiada por la criminología para combatir el delito. Así lo llamo una escuela de principios de siglo.

Por medio del profesor alemán Franz Von Liszt adquiere divulgación. El mismo, en su obra *Lerhbuch des deutschen Strafrechts*, titulado la Política Criminal expone: “La política criminal nos da el criterio para la apreciación del derecho vigente y nos revela cual es el que debe regir; pero también nos enseña a entender aquél a la luz de su fin y aplicarle, en vista de ese fin a los casos particulares”.

Hoy la política Criminal aspira, y debe aspirar, cada vez más a un papel mucho mayor que el de la simple guía en la elaboración de los libelos normativos-punitivos. (10) Binder reconoce e identifica “un complejo sistema de mecanismos e instituciones que constituyen la política de gestión de la conflictividad en una sociedad. Y afirma con certeza: “la gestión de la conflictividad será siempre una de las políticas públicas esenciales de todo Estado”. (11)

Por su parte Jiménez de Azúa dice que la Política Criminal es una parte del derecho penal que trata de la crítica y reforma del sistema penal.

Se conforma con la integración de todos los bloques de las ciencias jurídico-penales, ciencias filosóficas-históricas y las ciencias auxiliares.

La Política Criminal está dotada de ciertas características a saber:

- Es una ciencia axiológica, valorativa. El derecho penal expone, la política criminal opina, cuestiona y critica.

- La política criminal es diacrónica, estudia el pasado y proyecta la reforma para el futuro; el derecho penal es sincrónico, o sea se preocupa de lo vigente.
- La política criminal debe actuar siempre dentro del derecho penal. No puede dar soluciones que no estén plasmadas en el derecho penal. La política criminal quiere criticar y reformar el derecho penal.

Esta ciencia está íntimamente relacionada a la política legislativa.

10. CONCLUSION

La pena tiene que individualizarse en cada delito y para cada sujeto comisor de delito, e imponerse de acuerdo con el tipo de hecho, sus peculiaridades, gravedad y connotación social.

El sistema penal tiene que estar dotado de medidas que permitan aplicar a cada caso concreto la adecuada y proporcional coerción, a los fines de reprimir su conducta, pero a la vez pensando en su reeducación y su reinserción social, de manera que surta efectos generales y particulares preventivos.

Por ello si el magistrado aplicará una pena deberá determinarse basándose en los artículos 40 y 41 del CP.

Capítulo II

LA PENA NATURAL

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La pena natural. Concepto. 3. Origen. 4. Consideraciones. 5. Argumentos jurídicos del instituto. 6. Codificación nacional y comparada. 7. Doctrina y jurisprudencia relacionada. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCION.

En el siguiente capítulo tratare lo referente a la “Pena Natural” como instituto de fondo y ahora de forma en la Provincia de Santa Fe, describiendo su origen, los argumentos y principios que la rodean.

No voy a negar que este instituto existe desde las primeras épocas del nacimiento del derecho, pero en Argentina, recién ahora puede ser aplicado como mecanismo procesal penal.

Como ya dije, como herramienta procesal es aplicable como criterio de oportunidad a pedido del fiscal por la defensa. Pero también el magistrado lo puede utilizar como una opción al momento de absolver en la sentencia.

También, en lo referente a la determinación de la pena en cuanto puede configurar como atenuante dentro o fuera del mínimo legal .

2. LA PENA NATURAL.CONCEPTO

Puedo decir que es aquel mal grave ó el daño que sufre el agente o sus parientes, como consecuencia de un hecho ilícito o con motivo del injusto.

Es semejante al castigo punitivo que prevé la ley.

Desde el punto de vista del derecho de fondo, cierta doctrina minoritaria, en la que Zaffaroni es parte, exponen que la afectación del daño puede ser físico, corporal, y además económico o de cualquier otra índole.

El daño debe ser de carácter grave, dejándose de lado las molestias tolerables o las lesiones insignificantes.

Sin dudas, otra consideración a tener en cuenta por el poder judicial será la de tener en cuenta el elemento subjetivo del delito, o sea, si hay dolo o culpa. En la que si es doloso, es probable que se exija mayor gravedad en los efectos del ilícito para la posible aplicación del instituto de la pena natural.

El padecimiento del agente puede haberse ocasionado por motus proprio, por la víctima o por terceros.

El daño sufrido a un tercero es considerado como pena natural, si repercute negativamente en la persona del autor, es cuando se lesiona a un pariente o ser querido. Aquí se deberá probar la relación afectada y la procedencia o no de lo que se alega.

El fiscal, en estos casos deberá evaluar si la aplicación de una pena en abstracto, se convierte en excesiva.

También, el juez deberá realizar un examen de la culpabilidad del sujeto y analizar si compensa con la pena natural. Luego analizará la repercusión de la “destrucción de culpabilidad”: si atenúa la pena, si hay exceso de pena en abstracto, entre otras cuestiones. Por ende la estimación se hace en la concreción punitiva.

Por lo tanto, a quien le fuere impuesto una pena natural, sería desproporcionado, o excedido de culpabilidad, imponerle además, una pena judicial, ya que en ocasiones concretas el afectado ya sufrió en “especie” las consecuencias de su conducta.

En los tiempos en que vivimos, donde la sociedad lleva como bandera el pedido de justicia, donde la inseguridad es un tema en boca de todos, es conveniente que el magistrado reflexione haciéndose las siguientes preguntas: “¿Es legítimo aplicar una

pena legal a quien con motivo del injusto sufrió o padeció un mal grave? Debe considerarse, y eventualmente graduarse, la pena natural frente a la sanción legal? (12)

3. ORIGEN:

El filósofo inglés Hobbs, llamaba pena divina a las malas consecuencias naturales que no estaban contenidas en el concepto que hoy conocemos como pena. Por ello se dice que la idea de pena natural proviene del ya mencionado.

Pero, el que distingue entre poena forensis (pena judicial) y poena naturalis (pena natural) es Immanuel Kant.

Kant dice que el principio que rige la justicia penal es la igualdad entre el delito y la pena. Defendió arduamente la ley del talión y la pena de muerte. Como ser, si un sujeto asesinaba, debía ser sancionado con la muerte.

Pero volviendo a Hobbs, éste expresaba: “dado que ciertas acciones están conectadas por su naturaleza con diversas consecuencias perjudiciales, como cuando alguien contrae una enfermedad consecuencia del ilícito, tal perjuicio en relación a la persona no integran el concepto de “pena”, ya que no es infligida por una autoridad humana, aunque, en relación a Dios, el Señor de la naturaleza, es posible hablar de aplicación y por lo tanto de una pena divina”. (13)

Entonces, en un primer momento la pena era por imposición divina, ya que la sociedad contemplaba una idea teocéntrica.

Pero más tarde, llegando a la modernidad, la cuantificación de la pena, corresponde al legislador que lo plasma en la normativa. Por ende, la pena natural, para

el derecho de fondo se considera como factor que anula el reproche correspondiente al infractor o lo disminuye.

Por ello, en casos concretos, donde el legislador aplica una pena por mas mínima que sea, siendo que el infractor ya sufrió consecuencias naturales por el ilícito, se considera (esa pena mínima) como desproporcionada, irracional e inhumana.

4. CONSIDERACIONES JURIDICAS DEL INSTITUTO.

Nuestro ordenamiento cuenta con variados principios que dan lugar y obligan al magistrado a examinar y valorar la aplicación del instituto de la pena natural.

Hay casos donde la pena solicitada por el fiscal de la causa no se corresponde con el saldo del delito, y deja de lado el principio de proporcionalidad que debe regir en la pena y que tiene su basamento constitucional.

La CSJN entendió que “son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores a aquellas que su naturaleza impone.”

Entonces cuando acontece un hecho ilícito donde al imputado le acarrea un daño grave (físico o psíquico) no es apropiado la aplicación de una pena.

Este instituto, de la pena natural, en cuanto a lo procesal, posibilita al actor penal (fiscal) el archivo de la causa, entre otras y hace innecesario la aplicación de otra pena por parte del magistrado, la que además sólo tendría como fin aumentar el castigo al imputado y alejarse del fin resocializador que la pena debe tener como piensan algunos.

(14)

A continuación, siguiendo a Gorver, detallo los principios que deben tenerse en cuenta al momento de manifestarse el instituto de la pena natural :

- **Principio de Humanidad**

Con basamento en la CN art 18 cuando deja de lado la posibilidad de aplicarse pena de azote y toda forma de tormento. De esta manera se prohíbe la crueldad. Este principio, con jerarquía constitucional, de la mano del art.75 inc.22, en la que se integra de numerosos pactos internacionales con la prohibición de penas crueles, inhumanas o indignificantes.

Por su parte, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, en el art 16 dice: “Todo Estado parte, se comprometerá a prohibir bajo su jurisdicción otros actos que constituyan trato o penas crueles...”

Pero lo que determina la “crueldad” concretamente hablando, es la relación de la pena legal con las características del hecho; por ello el magistrado esta “limitado” en la aplicación de la pena legal para el sujeto, por ese hecho, por esas circunstancias.

O sea, que la no valoración y medida de la pena natural denotará una sanción cruel, lejos de toda humanidad posible.

Aclaro también, que este principio de humanidad, también es exigido en el “Ius puniendi estatal”. Ya que la humanidad no se concentra solo en las penas crueles, sino también que activa, insta, refuerza la intervención penal estatal.

- **Principio de Culpabilidad**

Es el reproche del injusto. O sea, que la pena natural actuaría reduciendo, morigerando o eliminando en ciertos casos, la punibilidad del acto.

Para ello, los males acaecidos sobre el imputado, repercutirán en la apreciación judicial teniendo en cuenta elementos normativos y psicológicos, entre otros.

Si el magistrado elimina la reprochabilidad del autor, se extingue la culpabilidad, presupuesto de la punición.

Cuando se realice el juicio de culpabilidad, deberá apoyarse en la balanza: si la ofensividad subjetiva del autor se encuentra estropeada, o eliminada con la aplicación de la pena natural, si por la aplicación de ésta queda compensada el menor merecimiento de la pena, y si el delito subsiste o lo borra.

Ojo, que si queda algún remanente de reproche, se evaluará si es proporcionado o no la aplicación de una pena legal.

- **Principio de Proporcionalidad**

Del principio de racionalidad de la pena y de cualquier acto estatal, se exige una cuota de proporcionalidad entre la respuesta punitiva y la magnitud del delito.

Por un lado, la aplicación del principio orienta al orden jurídico en la fijación de pena en abstracto (mínimos y máximos legales), y por otro lado, se adecua en el arbitrio judicial al cuantificar concretamente la pena.

Por ello, la aplicabilidad del principio es importantísima, porque aun en los supuestos de que el magistrado aplique una pena mínima corre el riesgo de ser desproporcional al caso concreto.

Debe ser lograda una cierta equivalencia en la mensura correspondiente al cómputo de la pena natural y la entidad del injusto.

- **El Art. 41 del Código Penal.**

“En cualquier caso, el art.41 del CP impone al juez tomar conocimiento (...) de las demás circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso, lo que, por supuesto, abarca los casos de penas naturales, si bien este texto sirve, por regla para establecer la pena desde el mínimo, pocas dudas caben de que en el cumplimiento de este deber topa con una circunstancia que hace que el mínimo viole en el caso los citados principios constitucionales – irracionalidad mínima y humanidad-, debe abstenerse de imponer una pena cruel”. (15)

El juez, deberá “tomar conocimiento...de las demás circunstancias del hecho en la medida requerida por cada caso” al cuantificar la pena, incluido el conocimiento del mal grave acaecido al acusado por su ilícito.

Es un deber legal del magistrado conocer la existencia de la pena natural y mensurarla para una posible atenuación, o si la pena natural reviste mucha gravedad, abstenerse de aplicar una pena que aunque legal, deviene cruel, desproporcionada, e injusta. (16)

Por su parte el art. 40 del CP expone que todo elemento fáctico o jurídico que signifique una circunstancia atendible podrá ser considerado como “atenuante” y ser tenida “en cuenta” a la hora de fijar la respectiva condenación.

Sea por conocimiento del art.40 o del 41 del CP, lo que no puede dejar de lado el magistrado, es la consideración de la pena natural como causal de atenuación o eliminación de la pena en abstracto.

- **Criterio de Oportunidad**

Es la posibilidad del fiscal de prescindir o no iniciar la acción penal por algún motivo, como ser, conciliación de partes, delito de bagatela, pena natural, entre otros.

Es la contracara del principio de legalidad, en el que deben iniciarse y proseguirse todas las acciones penales sin seleccionarlas. Pero esta legalidad absoluta no es condición para el inicio o continuación de investigaciones penales innecesarias o desmedidas.

Por esto, el instituto de la pena natural, no solo racionaliza y torna eficaz la intervención del fiscal, sino que es un ejercicio maduro y racionalizador de la acción penal.

Un ejercicio correcto del ministerio público fiscal, no puede omitir el daño que el hecho aparejó al imputado, sino se violaría el “criterio objetivo” que debe ponderar sus actuaciones.

5. ARGUMENTOS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Se alude a la pena natural como al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta al máximo la evidencia de su inutilidad. (17). No se descarta que la posibilidad de una pena natural descarte o cancele otra pena estatal.

Cuando se evidencia una pena natural, y a pesar de ello se impone la pena importa una reacción estatal verdaderamente cruel, con lo cual se esta transgrediendo el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes. (18)

La importancia de la pena natural encuentra sustento en el principio de humanidad y también en los criterios de necesidad real de la pena. (19)

Pero, suponiendo que el magistrado aplique una pena, porque encuentra al accionar del imputado abarcativo de un injusto, y por ende se le reprocha su conducta, esa culpabilidad va a ser el límite máximo de la pena, va a servir para la determinación del específico merecimiento de pena del cual deben relevarse los sufrimientos graves que el autor sufre como consecuencia de su delito, constitutivos de la pena natural, debe ser proporcional el delito a la pena. (20)

Entonces, la cuestión de la pena natural se vincula con la aplicación o merecimiento de la pena, aquí Roxin, dice que la culpabilidad cumple un función político criminal: es un ámbito de oportunidad y conveniencia política para la aplicación de la pena. Luego se verá en el caso concreto si no hay necesidad de una pena, por ende inculpabilidad. Así vista la culpabilidad estaría determinada por los fines de la pena. LA culpabilidad es límite de la pena y no hay pena sin culpabilidad pero tampoco hay culpabilidad si no hay necesidad de pena. (21)

Según el caso concreto el instituto abarcará: las consecuencias del hecho imprudente (ej. Conductor que causa la muerte de la familia), o por hechos dolosos (ej. Delito contra la propiedad que al caer de altura queda parapléjico), también casos de penas ilícitas (torturas por los agentes del estado), ya que son males sufridos en la comisión del hecho o con motivo de éste. (22)

6. CODIFICACION NACIONAL Y COMPARADA.

En los tiempos que vivimos se puso en marcha la aplicación del Principio de Oportunidad, como contracara del de legalidad.

Este principio o también llamado, criterio de oportunidad, en el código procesal penal de Santa Fe, Art 10.II expresa: “el Ministerio Público podrá *no promover o prescindir* total o parcialmente, de la acción penal,...”, denota la facultad del ministerio de dejar de lado la persecución de delitos que por ser: insignificantes, o en los cuales las partes concilien la reparación, entre otras causales.

Por su parte el código de procedimientos de la Provincia de Buenos Aires dice art 56 inc 2: “Criterios especiales de archivo. El ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos: ... 2. Cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público...”.

El código penal alemán en el art.60 excluye de pena cuando las graves consecuencias que el autor sufre haga incorrecta la aplicación de una pena. A decir: “exclusión de pena: el tribunal puede prescindir de pena cuando las circunstancias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de un apena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho en una pena privativa de la libertad superior a un año”. (23)

Por los artículos expresados, denoto la labor fiscal al momento de iniciar la acción penal o de proseguirla, para evitar en lo posible un desgaste jurisdiccional. Y a su vez evitar un doble sufrimiento en el imputado que ya sufrió las consecuencias en “especie”.

7. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Caso a) Hechos: En fecha 16 de agosto del 2007, la esposa e hijo del conductor de un vehículo sufrieron lesiones por el actuar negligente de éste que, habría ingresado a una vía de mayor circulación sin detener la marcha. El juez correccional lo condenó como autor del delito de lesiones culposas leves y graves. El Tribunal de Casación Penal casó la sentencia recurrida, y absolvió al encartado. **Sumarios:** Corresponde casar la sentencia que condenó a quien conducía un vehículo como autor de las lesiones sufridas por su esposa e hijo a raíz de un accidente de tránsito pues, visto que el desenlace lesivo de su conducta imprudente le ha significado al imputado una pena natural que excede con creces el disvalor de su actuación, se presenta desproporcionado imponerle aún la pena mínima prevista para los delitos cometidos. (24)

Caso b) CN Casación Penal, sala IV, "Rosa, Diego M. y otro s/rec. de casación".

Para la determinación del específico merecimiento de pena deben relevarse los sufrimientos graves que el autor padece como consecuencia de su delito, constitutivos de lo que la doctrina denomina "pena natural". (25)

Caso c) CN Casación Penal, sala IV, "Rosa, Diego M. y otro s/rec. de casación". Si la sanción impuesta ignora los sufrimientos que el autor padece como consecuencia de su delito, la respuesta punitiva alcanzará un quantum que excederá la medida señalada por la proporcionalidad entre delito y pena. (26)

Caso d) CN Casación Penal, sala IV, "Rosa, Diego M. y otro s/recurso de casación". La importancia de la pena natural encuentra sustento en el principio de humanidad y también en los criterios de necesidad real de la pena. (27)

Caso e) Hechos: El juez en lo penal correccional absolvió al imputado, acusado del delito de homicidio culposo y lesiones culposas en concurso real, por el hecho de haberse disparado un arma de fabricación casera, mientras la manipulaba alcoholizado, causando la muerte de su hija de 10 meses y heridas a su mujer, al considerar que ya había sufrido una pena natural. El Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de apelación. La Cámara de Apelaciones -por mayoría- confirmó la resolución impugnada.

Sumarios: En determinadas causas debe considerarse que existe pena natural por lo que el imputado sufre en su vida, derivado del hecho por el que se lo juzga -en el caso, se absolvió al imputado del homicidio culposo de su hija de 10 meses de vida y las lesiones culposas de su mujer, al manipular con imprudencia y alcoholizado un arma de fabricación casera-, como la muerte de un familiar o quedar paralítico, lo que hace innecesario la aplicación de otra pena por parte del magistrado, la que además sólo tendría como fin aumentar el castigo al imputado y alejarse del fin resocializador que la pena debe tener.(28)

Caso f) Hechos: La mujer dejó solas a las niñas para dirigirse a la farmacia, una de las niñas prendió fuego el colchón y murieron las 3 por inhalar gases tóxicos. El juez de instrucción Ricardo Warley aplicó el principio de la “pena natural” para dictar el sobreseimiento “por inexistencia de delito” de Florencia Zalazar, madre de Milagros Pedrozo, Brenda Zalazar y Yazmin Flores.

El juez aplicó el sobreseimiento a Florencia Zalazar por considerar que como resultado de su accionar culposo, ha sufrido una aflicción que nunca podrá ser superada por la aplicación de la pena legal. En las circunstancias del hecho embebido de dolor por la muerte de sus tres hijas, la aplicación de una pena constituiría una *tortura*. Claramente este magistrado demuestra que está en contacto con el hecho que juzga.

El magistrado deberá evaluar minuciosamente la necesidad, utilidad, humanidad, finalidad y merecimiento del castigo.

Responsabilizar penalmente a la autora del delito cuando ya ha sufrido dolor, angustia por la pérdida de sus hijas sería dejar de lado los *principios de razonabilidad de las decisiones judiciales*. (29)

8. CONCLUSIONES

Si bien la Pena Natural está entre nosotros desde los inicios como un tema de fondo, el derecho procesal ahora también lo abarca.

Este instituto importantísimo habilita a que un sujeto que con motivo o por el ilícito ya sufrió gravemente pueda serle aplicable una pena en abstracto.

Para ello el juez deberá tener en cuenta los principios de proporcionalidad de la pena y por sobretodo el de humanización de la misma, ya que no solo lo ponderan numerosas leyes sino que nuestra Carta Magna, y gracias a la incorporación de numerosos tratados internacionales así lo encomiendan.

Todo esto sin dejar de lado el Art. 40 y 41 del CP que da las pautas para la determinación de una pena. que deberá dejarse por sentadas ciertas cuestiones como ser, entidad del daño, características subjetivas del imputado y de los afectados, la no afectación del interés público, entre otros factores mas ya nombrados a lo largo de éste capítulo.

Por esto podemos encontrar este instituto de suma utilidad para evitar la doble coerción estatal, ya que es posible por el lado del derecho de fondo, como también de forma adecuado al criterio de oportunidad del art 19 inc.3 CPPSF.

Capítulo III

SISTEMAS Y PRINCIPIOS PROCESALES PENALES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sistemas principios. 3. Sistema Acusatorio. 4. Inquisitivo. 5. Método adversarial. 6. Principios procesales penales. 7. Conclusion

I. INTRODUCCION:

El siguiente capítulo abordará las bases indispensables de todo el proceso penal, refiero a los principios procesales penales y a los sistemas inquisitivo y acusatorio.

Por ello antes de hablar de *principios*, sean constitucionales, políticos o técnicos, se tendrá que encuadrar en un *sistema* determinado, ya que posicionándonos en un tipo de sistema sabremos los principios que lo regirán.

Por supuesto se hará una mención historia de la evolución de los sistemas que imperaron en el derecho comparado y local, sin dejar de lado los códigos procesales penales vigentes al momento de la presentación de éste trabajo.

2. SISTEMAS Y PRINCIPIOS.

¿Qué son?

Debemos distinguir entre sistemas y principios; para ello debemos tener en cuenta la dependencia del proceso penal con el derecho penal de fondo, ya que este último no puede tener vigencia sino a través de un proceso, contrariamente al derecho civil que actúa cotidianamente en la población sin acudir al proceso. Se reconoce una dependencia teórica, ideológica y político criminal entre ambos saberes jurídicos.

El derecho Penal y el Derecho procesal penal trabajan con fuentes legislativas diferentes, pero debe existir entre ambas disciplinas una asimetría política criminal o ideológica, de modo que a un derecho penal limitador del Poder estatal corresponde un

derecho procesal acusatorio y a un derecho penal autoritario un procesal penal inquisitivo.

Si bien un sector prestigioso de la doctrina sigue llamado a todo principio, a veces por comodidad con la legislación que lo involucra.

Los sistemas son modelos de organización que originan las directivas generales en que se inspira el ordenamiento procesal pertinente, la mirada ideológica del proceso y por tanto, el legislador constitucional y/o ritual puede optar entre uno y otro: así en la historia se ha elegido entre el Acusatorio o el Inquisitivo.

Hoy algunos postulan terminar con esta dicotomía entendiendo que no puede hablar de un proceso inquisitivo puesto que no debe ser considerado este como un verdadero proceso por violar el requisito elemental de que el juez sea un tercero imparcial entre dos partes parciales, en pie de igualdad y de contradicción.

El proceso acusatorio es el verdadero proceso ya que brinda mayores garantías a las partes del proceso penal.

Carrara dice: el método acusatorio fue la forma primitiva en los juicios criminales porque prevalecía en el delito y la pena el concepto del interés privado y se basa en las autoridades competentes: primero solo acusaba el ofendido o sus parientes pero después cuando en el delito se reconoció una ofensa social la facultad de convertirse en acusador se extendió a cualquier persona capaz siendo sus caracteres la plena publicidad de todo el procedimiento, la libertad personal del acusado, la pasividad del juez en el recogimiento de las pruebas, sean de cargo y de descargo, la continuidad de contexto. Carrara sin embargo reconocía una inquisición dentro de acusatorio cuando el autor del delito permanecía oculto debiendo el ofendido hacer una investigación al

respecto para interpelar por su cuenta a cualquier persona para conocer el nombre del ofensor.

PRINCIPIOS: son las bases del proceso, líneas generales que hacen a la encarnadura del sistema procesal vigente, con características de inderogabilidad y generalidad: obligan a quien decide, a quien acusa y a quien se defiende pero también al legislador que si bien es soberano no puede crear normas que contraríen los principios básicos del sistema. O sea, son herramientas que posee el juez para llenar las “lagunas normativas”.

3. Sistema Acusatorio

El sistema acusatorio (puro) dominó el mundo antiguo.

La reacción frente a la ofensa grave del orden jurídico dejó de ser un mero ejercicio del poder autoritario del príncipe o de la venganza física del ofendido o su tribu, en las sociedades primitivas que no poseían todavía ni un atisbo de poder político central, la reacción, privada o popular, se canalizó por la vía de lo que hoy llamamos “acción procesal”: allí nació el “juicio” con intervención del ofensor y frente a un árbitro, el tribunal, que de alguna manera decidiría la cuestión.(31)

La base de este sistema está en los poderes dentro del proceso, que van a estar divididos en: el acusador, que persigue penalmente y ejerce el poder requirente, el imputado que resiste la imputación, ejerciendo el derecho de defensa; y finalmente el tribunal, que con el poder de decidir la cuestión.

Estos tres poderes están interrelacionados unos con otros.

Pero el tribunal para decidir el pleito estará condicionado al reclamo o acción del acusador y al contenido de ese reclamo. Por supuesto el imputado ejercerá resistencia frente a la imputación que se le atribuye.

El método acusatorio propone oficiales públicos que investigan y persiguen los delitos, buscando el cuerpo delito y quien sea probable autor del delito habiendo concurso de denunciantes secretos que informen al magistrado inquiriente los delitos y delincuentes descubiertos por ellos, la dirección de las pruebas esta bajo la plena potestad del juez, la instrucción es escrita desde el principio hasta el fin al igual que la defensa, el procedimiento es secreto para la gente y el propio imputado no comunicándosele el proceso mientras no está terminado y en estado de transmisión, la regla es la prisión preventiva la segregación absoluta del imputado de todo contacto hasta la defensa, interrupción de los actos y dictado de sentencia a comodidad de juez.

(32)

En el sistema acusatorio el fiscal investiga, retoma la investigación para sí, desplaza al juez de instrucción, y acusa, pero todavía falta delimitar su rol frente al imputado y de cara al juez de la investigación. La principal característica del sistema acusatorio es la total separación de la investigación a cargo del fiscal, controlando las garantías constitucionales un juez imparcial e imparcial, acusando el fiscal ante un tribunal o juez unipersonal que tramitara el juicio oral y público.

Las características que predominan el sistema son:

- La Jurisdicción penal esta en tribunales, excepcionalmente en asambleas del pueblo o colegios judiciales, tribunal por jurados, etc. el tribunal es un árbitro entre dos partes, acusador y acusado, que se enfrentan con sus respectivos intereses contrapuestos.

- La persecución penal, colocada en el acusador, una persona de existencia visible. El tribunal, que limitara su decisorio a las circunstancias planteadas por el acusador.
- El acusado, sujeto de derecho, en igualdad de condiciones con el acusador. Y siendo que su situación jurídica no variará hasta una condena.
- El procedimiento, consiste generalmente en el debate público, oral, continuo, contradictorio. Los jueces reciben pruebas, pretensiones, alegatos, etc., y también las partes hacen lo suyo.
- La valoración de la prueba, en base a la íntima convicción del magistrado.
- La sentencia, como resultado del pleito. La cosa juzgada como efecto normal.

El procedimiento acusatorio estuvo vigente hasta la caída de los romanos, donde fue sustituido por el sistema inquisitivo.

4. Sistema Inquisitivo.

Este sistema (puro) responde a una concepción absoluta del poder central, la autoridad, centralización de poder.

La persona humana individual es considerada de poco valor frente al orden social. Por ende pierde el status de sujeto de derecho.

La idea para conseguir sus fines se basaba en reprimir a quien perturbara el orden creado. Por esto que sus máximas fuesen: la persecución penal publica de los delitos.

Se demarca una fuerte concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor.

No se da lugar a la dialéctica ni a la crítica, por ello desaparece la contradicción del procedimiento.

El método inquisitivo trae su nombre de los *quaesitores* de los romanos originariamente ciudadanos encargados excepcionalmente por el senado para investigar ciertos delitos especiales echando Dioclesano las bases de este sistema como ordinario siendo prevalente en los emperadores de Oriente y en el siglo XII Bonifacio VIII le dio su definitivo ordenamiento y en Francia iniciado por Luis XII en 1439 y en Alemania por la constitución criminal Carolina aunque de modo subsidiario pero el acusatorio cayó en desuso ante la inercia de los ciudadanos en acusar y la solercia de los magistrados en inquirir.(33)

Modernamente en este sistema toda la fase de investigación y juzgamiento en sistema inquisitorial es arrogada al juez que si bien se separan las funciones perfeccionando las figuras del juez de instrucción y la del juez de sentencia o de crimen respectivamente, en los procesos penales actuales inquisitivos el rol del fiscal es solo formal: hace dictámenes generalmente contestando vistas del Juez de Instrucción y en menor medida del Juez de Sentencia, pero escasamente investiga y se pone al frente de la misma, espera que procese el juez instructor y luego acusa no siempre con énfasis, ofrece escasa prueba en el juicio que es escrito, cuando no se conforma con la ya colectada por el juez instructor. A su vez el juez de sentencia o de crimen tiene amplios poderes oficiosos en torno a la producción de la prueba.

Las características del sistema a saber, según Maier son:

- La jurisdicción penal a cargo del monarca o príncipe. Es el que concentra el poder de decisión, a veces es delegado en sus funcionarios.
- La persecución penal está confundida con el de juzgar en el inquisidor.
- El acusado no es objeto de derecho, sino todo lo contrario, es un objeto de persecución. Antes era obligado a incriminarse el mismo, mediante tratos crueles.
- El procedimiento es secreto, y sus resultados por escrito. O sea, se trata de evitar el debate. La investigación es discontinua.
- El sistema de prueba legal domina la valoración probatoria: la ley marca las condiciones para acreditar un hecho.
- El fallo era impugnabile. Hasta que aparece la apelación.

Este sistema permitió lograr por cualquier medio sus fines.

La terminación de este sistema lo marco el inicio de la nueva republica representativa, con la Revolución Francesa, que representa el triunfo político del Iluminismo, que logra renovar la organización política de Europa continental.

Comparto con Maier en negar la muerte total de la Inquisición, ya que en muchos estados se estableció un sistema mixto, que si bien no se aplica en su estado puro, lo hacen a medias tintas.

Por ello muchos hablan de una reforma del sistema inquisitivo, mas no de su extinción.

Otra de las cuestiones a considerar es la reforma del sistema inquisitivo ó el nacimiento del **sistema Mixto**.

Las notas que aun continúan de la inquisición son: la persecución penal pública de los delitos, y la averiguación de la verdad histórica.

Por ello, luego de la revolución francesa, la independencia de Estados Unidos, entre otros, siguieron los principios inquisitivos mencionados anteriormente, y además se posicionaron algunos referentes al sistema acusatorio que condicionaron o limitaron al inquisitivo.

Entonces, los valores referidos a la dignidad humana individual, fueron preferidos a la misma eficacia de la persecución penal y a la posibilidad de averiguar la verdad, y debían ser observados aun a costa de esos principios. (34)

Así fue gestándose el nuevo método de procedimiento penal. Se dividió al procedimiento en dos periodos principales, enlazados por uno intermedio: el primero una investigación, inquisitiva, con límites, y el segundo, intermedio, busca la seriedad y limpieza del requerimiento penal antes del juicio público. El tercero, consiste en un debate público y oral ante el tribunal de justicia, con presencia del acusador y acusado, que absuelve o condena basado en ese debate.

Las notas caracterizantes del sistema mixto son:

- La jurisdicción penal a cargo de un tribunal con participación del pueblo en algunos estados.
- La persecución penal en manos del órgano estatal, o sea el ministerio público. Existen excepciones al principio de la persecución penal pública, en aquellos delitos en los cuales solo puede instarlos el ofendido.
- El imputado como sujeto de derecho, en la que en todo el proceso gozará del principio de inocencia, o algunos lo llaman estado de

inocencia. En la cual el Estado-acusador debe demostrar con certeza su culpabilidad y destruir ese estado de inocencia. Por ello la privación de libertad se impone solo por excepción, ya que la regla es la libertad.

- El procedimiento demuestra cómo el interés público desea sancionar los delitos, y a su vez demuestra la valoración del derecho de libertad. Este procedimiento se inicia en una investigación llamada vulgarmente instrucción preparatoria o procedimiento preliminar, que mantiene los rasgos inquisitivos, y se contrarresta con los elementos acusatorio en el juicio, ya que lo recabado en la instrucción no sirven para fundar la condena. Que solo podrá ser motivada en los actos del debate posterior. Continúa con el procedimiento intermedio, que controla los actos del ministerio público de la instrucción: el requerimiento a juicio o la acusación, la clausura de la persecución, etc. Y como última etapa el juicio o procedimiento principal, que busca la sentencia de condena o absolución para finalizar el proceso. En este proceso, el eje central dijimos es el debate, oralidad y publicidad de los actos, concentración en una audiencia y su continuidad, la presencia de las partes o sujetos procesales (inmediación), la libre defensa del imputado. De este debate surgen las fundamentaciones de la futura sentencia, que deberá ser congruente a la acusación, o sea que no puede ir más allá de ella, en perjuicio del imputado, hechos y circunstancias.

- Intima convicción (valor de la prueba), o libre convicción (sana crítica).
- Posibilidad de recurrir el fallo del juez. Por supuesto con límites.

5. MÉTODO ADVERSARIAL.

La idea del sistema acusatorio genera a su vez una derivación que es el método adversario. Se define el término acudiendo al diccionario que lo muestra como sinónimo de enemigo, contendiente, contrincante, contrario, antagonista, émulo, competidor, rival.

En un sistema *adversarial*, en sentido lato de la palabra, predomina la contraposición de contendientes, equiparando dos fuerzas dentro de una guerra procesal buscando obtener cada uno la victoria mediante el sometimiento del opuesto. Quitándole el elemento eminentemente bélico que contiene el termino, e ingresando al contexto del Derecho Procesal Penal que es el campo que nos interesa, se puede afirmar que un sistema procesal de corte adversarial evidencia la *confrontación* de dos argumentos (de cargo y de descargo) representados por dos intereses o partes. La prevalencia de la razón será decidida por un tercero investido con autoridad por el Estado.

Algunos postulan que un sistema de adversarios o llamado adversarial, la verdad histórica queda de lado, dejándose prevalencia a averiguar cuál de los dos oponentes tiene la razón; por tanto la finalidad esencial del proceso penal es ahora distinta.

Así el fiscal se convierte en un abogado cuyo objetivo será probar la tesis de acusación. El otro adversario, la defensa del acusado o imputado retoma una fuerza y protagonismo que realzan el valor del derecho constitucional a defenderse.

6. PRINCIPIOS PROCESALES

6.1 Principios procesales penales.

En la evolución de la organización social se diferencian 3 periodos: la sociedad primitiva con sus respectivos grupos parentales o tribus que desconoce un poder político central; luego la sociedad evolucionada culturalmente que ya organiza un poder político central, o sea el Estado; y la sociedad moderna, que reconoce la organización estatal para que el hombre pueda vivir en sociedad al imponer normativas, u órdenes para que se relacionen esos individuos.

En la primer etapa, el poder penal es semejante a un sistema acusatorio privado, destinado a encontrar la verdad histórica, que son revelados por signos exteriores.

O sea que toda infracción significaba un quebranto de la paz comunitaria, por ende, el infractor perdía la protección de la comunidad a la cual pertenecía, lo que le traía aparejada su pérdida de la paz.

A partir del siglo XVIII se consolida la política central con la creación de los estados nacionales, que provoca el nacimiento de la inquisición.

En la era moderna, es la tercer forma social se procura el orden comunitario a través de los acuerdos políticos, así se transforma la inquisición o se reforma.

Basándonos en las etapas anteriores, el poder penal también fue evolucionando.

Paralelamente al primer momento de la sociedad, el poder penal del individuo, se traslada al grupo parental o tribus.

A la venganza privada del ofendido o tribu se correlaciona lo que sería la acción procesal, la persecución penal, o la acción privada o pública por pasar a manos del estado y de este modo monopolizar el poder penal.

Esta transferencia del poder para ejercitar la acción a manos del estado poco a poco se iría limitando hasta llegar a la tercer etapa en la que reinan las relaciones transnacionales, que serán una frontera para el ejercicio discrecional del poder estatal.

Son los llamados estados de derecho, en la que se declaran una serie de derechos y garantías que intentan proteger a los individuos de una comunidad, contra la arbitrariedad del poder penal del Estado. Y así formaran los orientes para la regulación del derecho penal de un estado entre otros derechos de distintas naturalezas.

Estos orientes se los conoce como principios constitucionales ya que provienen de la carta magna que le otorga validez a todo el ordenamiento jurídico.

Sin menester de comenzar a detallarlos, no puedo dejar de aclarar que el art 33 de nuestra CN deja abierta la puerta a innumerables principios que aunque no se enumeren, igualmente están vigentes. Por ello, la enumeración siguiente, no constituye una inmutabilidad taxativa.

Maier distingue en: I) Principios Constitucionales, como fundamento del derecho procesal argentino. Dentro de los constitucionales tenemos a) los relativos al procedimiento, b) relativos a la organización judicial. Y II) Principios Políticos

I.a) Principios Constitucionales del procedimiento son las garantías del imputado, de seguridad individual que generan un límite al poder penal del estado de consumo con la distinción clásica del texto constitucional en declaraciones, derechos y garantías.

Principio del debido proceso. Supremacía constitucional y principio de proporcionalidad: el estado democrático se apoya en la Carta magna, de ésta nacen los principios inspiradores del proceso penal, se conjugan los artículos 75 inc. 12 y el 31 de la CN y establecen las garantías “son ley suprema de la nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales” el 75 inc12 integra los pactos y convenciones internacionales (CADH Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica, PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. El art. 1° del CPPSF dispone “En el procedimiento penal rigen todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los tratados internacionales con idéntica jerarquía y en la Constitución de la Provincia”.

La inalterabilidad de sus contenidos devienen del art 28CN “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Algunos a todo este segmento de artículos lo llaman garantías en contraposición a los principios políticos; y precisamente garantías al no abarcar solamente el derecho procesal penal, donde el eje temático esta dado por el principio de proporcionalidad entendido como la necesaria razonabilidad de cualquier afectación a derechos, el equilibrio entre los medios empleados y el fin buscado por el derecho respectivo.

Las garantías o los principios no hacen otra cosa que reflejar el fenómeno moderno de la constitucionalización de los principios del proceso penal.

Juicio Previo: el art.18 CN dice: “Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Requiere una sentencia judicial de condena firme para poder aplicar una pena a alguien y con la debida fundamentación.

Respecto a las medidas de seguridad en la instrucción el art 1 del CPPSF ley 12.912 consagra igual principio, extiende el párrafo anterior a la medida de seguridad, “Juicio Previo.- Nadie podrá ser penado o ser sometido a una medida de seguridad sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las reglas de este código”

Presunción, principio o estado de inocencia e in dubio pro reo: este principio en su antigüedad figura en el art.9 de la Declaración Francesa de los derechos del Hombre como reacción al sistema inquisitivo vigente antes de la Revolución: “presumiéndose inocente a todo hombre hasta que no haya sido declarado culpable”.

El art.11 de la Declaración Universal de los derechos del Hombre consagra el derecho a toda persona a que se presuma su inocencia. La CN de 1853 no tenía tal formulación lo que no impidió a la CSJN referir que el Art. 18 de la CN trae implícito el principio al establecer: “Nadie puede ser penado sin juicio previo”, quiere decir que será inocente hasta que se le imponga una pena a través de una sentencia debidamente fundada.

Las denominaciones en torno a lo que sea la inocencia está en crisis: a partir de Carrara se impuso presunción a nivel doctrinal y de los pactos constitucionalizados. Vélez Mariconde se oponía a tal denominación relatando críticas desde Garofalo y sinterizando con razón que no se puede presumir inocente sino todo lo contrario en el proceso cuando ingresa esposado, incomunicado, etc. Sostenía que el principio consagra en realidad un mero estado jurídico del imputado pero que no obsta a que durante el proceso pueda existir una presunción judicial de culpabilidad que justifique medidas coercitivas. El Art.3 CPPSF “estado de inocencia.- Nadie podrá ser considerado ni tratado como culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal.” La reformulación santafesina del principio incluye al “trato” del imputado como inocente, se compadece

con otras normas interpretativas como el Art.6 restricciones a la libertad personal que solo podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para evitar el entorpecimiento probatorio en la investigación o el juicio y asegurar la actuación de la pretensión punitiva.

I.b) Principios Constitucionales de la Organización Judicial que estudian los valores que debe realizar todo proceso penal a través de un procedimiento previsto en la propia constitución nacional. Son menos numerosos.

II) Principios Políticos: refieren al sistema de persecución (publica como regla) y también tienen por objetivo inmediato lograr la realización del procedimiento penal de averiguar la verdad acerca de la hipótesis histórica.

Como principio político o infraconstitucional está el llamado Principio de legalidad:

a) Principio de Legalidad Procesal: Está íntimamente relacionado al principio de oficialidad.

Es aquel en el que se le impone al estado la obligación de perseguir todos los casos penales en lo que tenga conocimiento, sin poder dejar de lado la acción penal. Es la contracara al principio de oportunidad.

La legalidad procesal asegura la igualdad de trato y la vigencia de las normas, ya que su no cumplimiento es sancionado.

La legalidad facilita la división de poderes, ya que si el legislador pune una conducta el poder judicial aplicara una pena. (35)

No dejare de mencionar el art 71 del código penal: “las acciones penales se iniciaran de oficio...”. Este articulado da las pautas de la oficialidad.

Pero además el art. 274 del mismo código dice: “El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con la inhabilitación absoluta de 6 meses a 2 años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable”.

Se pena a todo funcionario público cuando “dejare de promover la persecución y represión del delincuente”.

Como sujeto activo de este delito puede ser un funcionario policial, un funcionario judicial como ser el fiscal o de un funcionario administrativo.

Con la simple omisión de promover la acción penal, queda configurado el delito.

Este artículo corresponde al capítulo de los delitos contra la administración pública.

b) Principio de Oportunidad Procesal

Es la contracara del principio de legalidad. Algunos dicen que es la excepción a la legalidad.

Pero no es más que una política de estado para que el sistema avance, y no se trunque pese a la sociedad de masas en la que estamos inmersos.

Por ello, la oportunidad, da lugar al fiscal de prescindir o no continuar con la acción penal cuando por ejemplo se da el caso de una pena natural, o cuando el imputado es mayor de 70 años, entre otras pautas.

7. CONCLUSION

Queda evidente la conexión entre el derecho penal (fondo) y el derecho procesal penal (forma). Pero a su vez cada saber jurídico cuenta con determinados principios que son los orientes que dan lugar a llenar las lagunas normativas, y que son base-apoyo de todo el proceso.

Por otro lado están los sistemas que se ubican precediendo a los principios, que según se trate de un sistema inquisitivo o acusatorio que adoptará un estado le corresponderán sus principios determinados

Se dejó en claro que el sistema acusatorio es sinónimo de garantista, y fue abriéndose camino frente a un sistema inquisitorio, y numerosas codificaciones lo van adecuando a sus ordenamientos con el correr del tiempo.

La idea es que poco a poco tome absoluto lugar el sistema acusatorio, ya que desde mi punto de vista, otorga más garantías constitucionales, y a su vez refleja las cualidades de un verdadero estado en democracia.

Capítulo IV

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. REGLAS DE DISPONIBILIDAD DEL CPPSF. LA PENA NATURAL COMO REGLA DE DISPONIBILIDAD.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principio de Oportunidad; Concepto; Origen. 3. Reglas de Disponibilidad en el CPPSF. 4. Tramite de aplicación del criterio de oportunidad. 5. Aplicación de la Pena Natural como criterio de oportunidad. 6. Conversión de la Acción Pública en Privada. 7. Codificación provincial de la pena natural. 8. Aplicación del criterio durante el juicio. 9. Derecho comparado. 10. Conclusión.

1. INTRODUCCION

En el siguiente capítulo me inmiscuyo en la aplicación un tanto más concreta del instituto de la Pena Natural.

Si bien, comienzo con la lo general, o sea el principio de oportunidad, ya que la Pena natural es uno de los casos en que puede usarse dicho principio, luego paso a precisarla como regla de disponibilidad propiamente dicha.

Aquí se denota la importante labor del ministerio público que es quien da vía libre o no a la solicitud de aplicación de la oportunidad. Que si bien puede ser oficiosa (la solicitud), también puede ser a pedido de la defensa.

Demás está decir que el hecho de tener en la normativa “Criterios de Oportunidad” deja en claro que nos posicionamos frente a un sistema acusatorio con sus respectivos principios que lo gobiernan por ser tal.

2. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Vivimos en una sociedad de masas, en la que es imposible la persecución de todos los delitos, ya que el Estado es carente de herramientas humanas y materiales que contrarresten la legalidad.

Por ello, a través de una política de selección, es viable el principio de oportunidad.

Por supuesto van a chocar distintos intereses, pero para esto, el magistrado como componedor, y basándose en los principio mencionados anteriormente como ser, proporcionalidad, razonabilidad, congruencia, etc., tratará de llevar a cabo lo que resulte conveniente.

Entonces, a aquellos que enarbolan la bandera de la legalidad ante todo, sin ver la realidad, sin encausarla por los caminos que ofrece la oportunidad, generará un quiebre importante en el sistema, provocando la no funcionalidad de lo que apunta el ordenamiento jurídico-social.

* Algunos autores lo ubican dentro de los principios políticos.

* Es la contracara al principio de legalidad.

* El principio de oportunidad es la práctica concreta de seleccionar los casos a tratar.

* Se trata de hacer hincapié en la necesidad y en la realidad, más que en la teoría o idealidad que reinan la legalidad.

Como dice Julio Maier: “Oportunidad significa, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales”. (36)

Encontramos dos modelos de aplicación de este criterio. El primero, dice que la oportunidad es la *regla*, es el principio rector de la persecución penal, en especial el derecho anglosajón. Ellos desconocen el principio de legalidad. El poder de selección radica en el ministerio público. (37) Pero hay países, en gran medida los países

centrales de Europa continental, en los que la regla es contraria al antes mencionado, por ende la oportunidad funcionaria como *excepción*, se trata del principio de legalidad.

Nuestro país, se inclino siempre por la legalidad. Hasta ahora, que se ha incorporado al derecho positivo el criterio o las reglas de oportunidad.

Entonces, al hablar de criterios o reglas de oportunidad estamos refiriendo a una “real herramienta” para racionalizar el sistema de persecución penal.

Comparto con Maier, al decir que la oportunidad es un modo eficiente para que se mantenga el principio de igualdad, al corregir la selectividad del sistema formal, que por estar adherido a la legalidad, omite la propia selectividad real.

A su vez, será un eficiente método para lograr la transparencia del sistema de selección, que por encontrarnos en un Estado democrático le corresponde como característica fundamental.

Se trararian de criterios selectivos que eliminan en cantidad los hechos punibles de la persecución penal.

Los órganos de persecución penal del Estado adquieren la información por revelación de otros (denuncia de victimas o terceros) o por propia observación, pero esos medios de información son imprecisos al extremo, de modo que dejan de lado gran cantidad de hechos punibles realmente sucedidos, cuya cifra es difícil de establecer con cierta precisión, pero se conoce como elevada.(38).

La selección de los hechos punibles que no son perseguidos o no lo son como corresponde, obedece a varios factores:

- Desde la decisión política estimativa del mayor o menor daño social según apreciación de los órganos de persecución penal estatales,

- las necesidades políticas circunstanciales o permanentes,
- las posibilidades económicas o presupuestarias,
- el cálculo de efectividad en la persecución,
- la persona del autor y su posición social o política. (39)

Ya se produzca esta selección consciente o inconscientemente, ella pasa por dos meridianos siempre presentes: la imposibilidad de perseguir todos los hechos punibles que acaecen, razón por la cual formal o informalmente resulta necesario proceder a una selección, y la incontrabilidad jurídica y política de los criterios que son utilizados, en razón de la que necesariamente deben permanecer ocultos por la afirmación del principio de legalidad que cualquiera de esos criterios, por bueno que parezca, contribuye a menospreciar.(40)

Entonces, una cosa es la afirmación dogmática del principio de legalidad, y otra muy diferente es su realización práctica.

Dos son las metas principales para las que la aplicación del principio de oportunidad puede convertirse en un eficaz auxilio: la desincriminación de hechos punibles, para evitar la aplicación del poder penal allí donde otros métodos puedan alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación, y la contribución a la eficacia del derecho penal en aquellas zonas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social. (41)

Si bien el principio de oportunidad contraría los fines reconocidos al Estado en cuanto debe perseguir todo hecho punible, es un claro ejemplo de avance. Ya que es una realidad plasmada en la norma el hecho de dejar de lado ciertos delitos, ciertas situaciones que la acción penal debe prescindirse, tal el caso de casos de pena natural, delitos de bagatela, imputado en estado terminal, entre otros.

3. REGLAS DE OPORTUNIDAD DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS DE LA PROVINCIA DE SANTA FE.

En la ley 12.734 art 19 se exponen los principios o reglas de disponibilidad

A saber: “El Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal, en los siguientes casos:

1) Cuando el Código Penal o las leyes penales especiales lo establezcan o permitan al tribunal prescindir de la pena.

2) Cuando se trate de hechos que por su insignificancia no afecten gravemente el interés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo.

3) Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público.

4) Cuando la pena en expectativa carezca de importancia con relación a la pena ya impuesta por otros hechos.

5) Cuando exista conciliación entre los interesados, y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad.

6) Cuando exista conciliación entre los interesados y el imputado, en los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio, salvo que existan razones

de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad.

7) Cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable en estado terminal, según dictamen pericial o tenga más de setenta años, y no exista mayor compromiso para el interés público.

En los supuestos de los incisos 2), 3) y 6) es necesario que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible, o firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación.

4. Trámite en el CPPSF para la aplicación del Principio de Oportunidad.

El fiscal de la causa formulara ante el juez el pedido de aplicación del criterio de oportunidad. (42)

El imputado, también podrá solicitar el pedido, pero deberá hacerlo ante el fiscal.

Para ello deberá presentar el pedido hasta el momento de la audiencia preliminar del juicio. (43)

La víctima deberá ser comunicada de dicha solicitud, quien podrá formular oposición.

5. Aplicación de la Pena Natural como principio de Oportunidad

Reza el art 19 de la Ley 12.734: El Ministerio Público, podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal: *“Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público.”*

Aquí, el articulado nos habla del instituto de la pena natural, del cual remito a lo dicho en el capítulo II de este trabajo.

Entonces, y siguiendo a Carbone, se llama pena natural al mal grave que se autoinflinge el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón.(44)

Para Roxin, la dispensa de la pena que analiza precisamente desde el derecho de fondo, se ha pensado en el supuesto de que el sujeto ya haya sido suficientemente castigado por las repercusiones de su delito, como por ejemplo el caso del automovilista que ha provocado culposamente un accidente y que sufre él mismo graves lesiones con peligro para su vida. (45). De este modo, la culpabilidad jugaría como mecanismo de política criminal. Se sabe que la pena tiene el fin de prevención, y al no haber en estos casos una necesidad concreta de aplicarla deja de tener esa meta, y al no aplicársele una pena (en abstracto) no hay culpabilidad.

6. Conversión de la acción pública en privada

La aplicación del criterio de oportunidad es decisión exclusiva del fiscal, y es ante éste quien se presenta, por ello el desacuerdo de la víctima no impedirá la

extinción de la acción penal, (vgr art. 211 CPPER, art. 10 II del CPPSF) debiéndose archivar la causa y declarar extinguida la acción penal instaurada.

La víctima disconforme cuenta con herramientas para oponerse al pedido de oportunidad. Por su parte, el art. 56 bis del CPPBSAS expresa que el damnificado o la víctima y el mismo Fiscal General deben ser notificados del archivo para una potencial impugnación en su caso conforme lo normado en el art. 83 inc 8º, y ello sin perjuicio que el Fiscal General de oficio proceda a revisar la razonabilidad y legalidad del archivo.

Consecuencia de ello, cabe la posibilidad de que se extinga la acción penal pública, y ante esto el querellante puede luego de su firmeza continuar con la persecución penal como lo prevé el art. 10 del CPPCABSAS y el art. 10V del CPPSF(de transición).

El articulado ultimo expresa que la víctima cuenta con un plazo de 60 días desde que es notificada de la extinción de la acción penal, para luego iniciar la acción privada mediante el procedimiento de querrela y así perseguirlo privadamente por dicho delito.

Éste artículo 10V del CPPSF (de transición), controvertido para algunos, convierte la acción pública referida a un procedimiento que contraría lo normado en el art. 73 del CP que expone a través de una enumeración las acciones privadas. Algunos pensarán que se trata de un tema de inconstitucionalidad, que se verá en cada caso concreto.

Comparto con el Dr. Carbone, que cuando la víctima, ya reparada por las consecuencias del delito, o haya renunciado a la reparación, y en su caso se le acuerde la extinción de la acción, luego pueda querrellar, ya que “cuanto menos sería una violación al principio de los actos propios que reprime estas inconsecuencias procesales cuando es contradictoria con otra anterior”.

7. CODIFICACION PROVINCIAL DE LA PENA NATURAL.

Varios códigos procesales provinciales han incorporado los llamados criterios de oportunidad. Dentro de estos principios la "Pena Natural" es una clara muestra de esta tendencia a humanizar el derecho penal. Ejemplo de ellos son los de provincia de Buenos Aires y de Río Negro. En el primer caso, se prevé que cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público, el Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones. Mientras que la ley ritual rionegrina dispone la posible aplicación de este criterio de oportunidad en los delitos culposos cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico y moral grave, que torne innecesaria y desproporcionada o superflua la aplicación de una pena.

La redacción de la ley bonaerense resulta preferible, ya que no limita la "Pena Natural" a los delitos culposos como lo hace la de Río Negro. Como ya se ha sostenido en otra oportunidad, los fundamentos tanto dogmáticos como constitucionales que impiden la aplicación de una pena en estos supuestos, hace posible que el juez excluya la sanción penal también en los delitos dolosos.

En definitiva, ya sea por iniciativa del Ministerio Público, en el marco de los principios de oportunidad, o por una decisión jurisdiccional que evalúe las características del hecho, la jurisprudencia del país va aceptando poco a poco la "Pena Natural" como forma de resolver ciertos conflictos penales de forma más justa y racional.

8. APLICACIÓN DEL CRITERIO EN EL JUICIO ¿ES POSIBLE?

(46)

Sabemos que nuestro código de procedimiento santafesino nos da la posibilidad de solicitar el criterio de oportunidad hasta la audiencia preliminar de juicio en la Investigación Penal Preparatoria. Pero ¿ es posible la solicitud del criterio en la etapa del juicio penal ordinario?.

Cuando es el momento de presentar los alegatos o discusión final del juicio, los sujetos procesales deberán presentar al tribunal la solución del caso que cada uno propone, basándose en las pruebas producidas y en las normas aplicables al caso. Finalmente se concederá la palabra al imputado, para que realice su ultima defensa.

Este es el momento oportuno para solicitar como última instancia la aplicabilidad de un criterio de oportunidad, ya que luego se le concederá la palabra a la victima para que alegue sobre su merito.

De este modo se intenta que el debate finalice con los verdaderos protagonistas del conflicto que se intenta solucionar, para luego pasar a la última instancia, la producción de la Sentencia.

Por ello, la etapa de deliberación es de suma importancia, por ser el proceso de discusión y análisis de todos elementos del caso.

Binder expresa: “lo importante es que la deliberación sea exhaustiva y profunda, orientada en dos sentidos: por un lado, la construcción de la norma aplicable al caso; por otra parte, el análisis de la información reunida en relación a las distintas hipótesis en juego. El primer nivel es el análisis jurídico; el segundo, el de la valoración de la prueba.” (47)

El último de los pasos del Juicio Penal es la Sentencia, acto que materializa la decisión del tribunal. Es un acto formal, porque establece la solución adecuada al orden jurídico por medio de un proceso.

La sentencia puede dar lugar a dos opciones: a) condenar ó, b) absolver. Entonces si condena es el reconocimiento de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y su determinación. Y si absuelve, es cuando no se comprobó el hecho, o se comprobó que no existe delito, o se comprobó elementos que inhiben la aplicación de una pena (justificantes), o no se comprobó la autoría o participación en el hecho imputado.

9. DERECHO COMPARADO

COSTA RICA: El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.

El magistrado de casación penal Daniel González Álvarez aconseja que el proceso penal debe ser racionalmente corto, y se debe escoger: o no dar ninguna oportunidad a la defensa para que intervenga y reprochar ciertos procedimientos irregulares, y se lograra una sentencia en un mes, o le brinda todo y se lograra una justicia menos pronta, con un plazo racional.

El Ministerio Público tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal. Es adscrito al Poder judicial, y posee funciones repotenciadas y específicas, sacándole esas tareas a la Procuraduría General de la República.

Solo el ministerio puede ejercer la acción penal en los delitos de acción pública.

Cierto sector de la doctrina refiere el principio de obligatoriedad como idéntico al de legalidad. Pero el magistrado González Álvarez prefiere hablar de obligatoriedad y

no de legalidad, porque el principio opuesto, sea el de oportunidad, en realidad es lo contrario al principio de obligatoriedad más no al de legalidad.

También dice que cuando la ley permite al ministerio público no ejercitar la acción penal, está actuando legalmente, cumple y se adecua al principio de legalidad pero excepciona el criterio de la obligatoriedad. Si la ley prevé el principio de oportunidad, el ministerio Público actúa legalmente.

El principio de la obligatoriedad se basa en el derecho a la jurisdicción, al libre acceso a la justicia penal, en la igualdad jurídica en la medida en que no debe ni puede seleccionarse en forma arbitraria a los ciudadanos que deba acusarse ante la jurisdicción penal. Razones de credo, raza, condición social, cargos políticos, ideología, etc. no puede servir de base para la selección de casos a tratar ante la justicia debe garantizarse que el ministerio público actuara sin estos criterios.

También el principio de obligatoriedad se basa en la independencia del juez penal, o sea un sujeto diferente al juzgador que acuse en modo obligatorio.

El proceso de selección de los asuntos penales: el principio de obligatoriedad no tiene plena vigencia, ya que los casos son seleccionados en todos los niveles y con diferentes motivos.

COLOMBIA.

Cuentan con un código de procedimiento penal adaptado a su constitución, con la respectiva reforma en la que se limitaron las funciones de la Fiscalía, y así lograron introducir el sistema Acusatorio.

La fiscalía, ante sospechas de un delito, tiene la obligación de investigar y acusar a los presuntos responsables, salvo que la ley permita la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal.

Así, el principio de Oportunidad está consagrado como excepción al principio de legalidad y su aplicación está sometida al control de legalidad de un juez.

Las excepciones a la legalidad van a provenir de la letra de la ley, y también de la política criminal.

En fecha 1 de septiembre de 2004, por Ley 906 fue sancionado y corregido el código por el Decreto 2770

El artículo 66 de la Ley 906 faculta a la Fiscalía General de la Nación a aplicar el principio de Oportunidad:

Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

En el Título V rige el principio de Oportunidad. El artículo 321 reitera que la aplicación del principio de Oportunidad está sujeta a la política criminal del Estado, lo

que significa que la decisión de investigar o no ciertos delitos no sólo queda en manos del Fiscal General de la Nación, sino que éste deberá tomarla de común acuerdo con el Presidente de la República, según la definición que haga el Consejo de Política Criminal acerca de las conductas que el gobierno considera prioritarias, graves y leves. El Fiscal deberá desarrollar el plan de política criminal del gobierno a través de un reglamento que determine de manera general el procedimiento interno de la Fiscalía “para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley” (artículo 330).

El artículo 322 consagra el sistema de Oportunidad Reglado. Aquí, la Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código”. El artículo 324 establece los casos en los que el principio de Oportunidad puede aplicarse, y los artículos 325 y 326 regulan la suspensión del procedimiento a prueba. El control judicial en la aplicación del principio de Oportunidad, cuando la decisión es extinguir la acción penal, se encuentra en el artículo 327, y a continuación, en el artículo 328, se impone la obligación del Fiscal de tener en cuenta los intereses de las víctimas y escucharlas -si se presentaron en la actuación-, antes de aplicar el principio de Oportunidad. Finalmente, el artículo 329

El artículo 324 de la Ley 906 regula las excepciones al principio de Legalidad, es decir, la lista taxativa de eventos en los cuales puede aplicarse el principio de Oportunidad. Los casos son: 1) delitos de criminalidad mínima y media, 2) delitos cometidos por personas entregadas en extradición, 3) delitos de competencia de la corte Penal Internacional, 4) colaboración con la justicia, 5) pena natural, 6) culpabilidad disminuida, 7) cumplimiento en la suspensión del procedimiento a prueba, 8)

revaloracion del interes publico en la persecucion de la conducta, 9) importancia infima, 10) minima participacion.

Referente a la *Pena natural* (numeral 7 de su articulado) reza : Cuando el imputado ha sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

10. CONCLUSION

En base a lo expuesto encuentro satisfactorio las reformas a los codigos procesales penales que se van gestando. Que si bien dejan de lado ciertas cuestiones, como por ejemplo en los delitos de extradicion y si pueden aplicarseles la oportunidad, tal como lo regula la normativa colombiana, sigo pensando en que no puede el ordenamiento juridico abarcar todos los puntos.

Pero volviendo al tema del capitulo, la pena natural, criterio de oportunidad, es certera la introduccion de ello a nuestro CPPSF. Ya que considero fuera de toda razon y desproporcional la aplicacion de una pena judicial a quien ya fue condenado por la misma naturaleza o por el devenir de la vida por medio de una pena natural. Y tornaria sin sentido continuar con la accion penal.

Capítulo V

CONCLUSIONES FINALES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conclusión y análisis.

1 .INTRODUCCION.

A lo largo de todo el trabajo se realizo un análisis de la pena en sentido lato de la palabra, para luego tomar conocimiento de una especie de ella como ser la pena natural.

Luego en los capítulos siguientes se trató los principios y sistemas procesales penales, como ser el acusatorio e inquisitivo. Y se sabe que durante el transcurso o la transición del CPPSF se contaba con un sistema de modo mixto, con características acusatorias e inquisitivas en la instrucción y en el juicio. Pero ya con la vigencia del nuevo ordenamiento la Investigación Penal Preparatoria está en manos absoluta del Ministerio Publico Fiscal, para que la segunda etapa del Juicio propiamente dicho el juez llegue sin conocimiento de la causa, y sea un magistrado de garantías, que vele por la legalidad y respeto de los derechos tutelados por la Constitución nacional. Y de esa forma, dedicarse plenamente a la ardua tarea de dictar sentencia.

2. BREVES CONCLUSIONES POR CAPITULO.

El sistema penal tiene que estar dotado de medidas que permitan aplicar a cada caso concreto la adecuada y proporcional coerción, a los fines de reprimir su conducta, pero a la vez pensando en su reeducación y su reinserción social, de manera que surta efectos generales y particulares preventivos.

Por ello si el magistrado aplicará una pena deberá determinarse basándose en los artículos 40 y 41 del CP: **Art. 40.-** En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Por su parte el **Art. 41.-** A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado;

2°. la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

No dejando de lado los principios de Congruencia, Proporcionalidad y Humanidad que deben ser de base a toda coerción de corte penal. El juez deberá tener en cuenta estos principios por sobretodo ya que no sólo lo ponderan numerosas leyes sino que lo jerarquiza nuestra Carta Magna por la incorporación de numerosos tratados internacionales que así lo encomiendan

Por otro lado, desde el punto de vista procesal, contamos con los criterios de oportunidad, el cual motivó este trabajo: la pena natural. Este instituto importantísimo habilita a que un sujeto que con motivo o por el ilícito que ya sufrió gravemente no pueda serle aplicable una pena en abstracto. Así, nuestro CPPSF ley 12.734 en el Art 19 inc. 3 recepciona la regla de oportunidad con motivos de una pena natural. Con acierto trascendente la normativa habilita al actor penal a no continuar ejercitando la acción penal o a prescindir de ella en los casos que al imputado haya sufrido gravemente como consecuencia del hecho que ocasionó.

El criterio abarca varias cuestiones: puede tratarse de un hecho imprudente como ser el caso del automovilista que causa la muerte de algún familiar, también aquellos casos donde haya dolo, sería el supuesto de un delito contra la propiedad donde el agente queda electrocutado y queda parapléjico; y también los casos de penas ilícitas como ser los malos tratos y torturas que prohíbe nuestra carta magna.

Pero como toda regla tiene su excepción, el art 19 inc 3 CPPSF haya su límite en la seguridad y en el interés público. En cuanto a la seguridad pública serian aquellas situaciones donde se genere un peligro potencial que afecte a personas indeterminadas. Y en cuanto al interés público se trata del interés de la comunidad en la investigación y esclarecimiento de los delitos. Por ello en estas cuestiones jugará un papel importante la ciencia de la Política Criminal que adopte el ministerio público.

Otro de los límites estaría dado por la reparación (efectiva), en los supuestos en que sea viable tal reparación, no dejando de tener en cuenta la proporcionalidad. Esta reparación se fundamenta en las consecuencias dañosas que ocasionó el agente a la víctima, por lo que para esto deberá gestarse un acuerdo en el que el fiscal y el juez deberán analizar.

Por esto podemos encontrar este instituto de suma utilidad para evitar la doble coerción estatal, ya que es posible por el lado del derecho de fondo , como también por el derecho de forma (procesal) adecuándolo al criterio de oportunidad del art 19 inc.3 CPPSF.

Entonces, por iniciativa del actor penal (el fiscal), o a pedido de la defensa puede ser correspondida la aplicación de la pena natural como criterio de oportunidad en el marco de un sistema acusatorio que da lugar a dicha solicitud presentada en la etapa de la investigación penal preparatoria hasta el límite temporal de la audiencia preliminar de juicio ya que su naturaleza es saneadora, ya que queda en manos del juez

de la IPP habilitar o no el avance de las actuaciones hacia el juicio. Dice el art. 296 CPPSF que el juez , luego de la acusación, primeramente deberá fijar fecha de audiencia dentro de un plazo no menor a 10 días ni mayor a 20 días de recepcionados los requerimientos acusatorios, segundo se deberá notificar a todas las partes de dicha audiencia con 5 días desde la notificación para poder examinar las actuaciones. Luego reza el art. 297 del CPPSF inc 5: que las partes tienen la facultad de Proponer la aplicación de un principio de oportunidad. El art 302 expone el desarrollo de la audiencia preliminar, en la que cada parte fundamentará su pretensión, en el caso sería la aplicación del criterio. El juez intentará conciliar a las partes, y dentro de los 5 días de finalizado el debate resolverá sobre si da lugar al criterio o no.

Llegado el caso donde transcurrió ese lapso de la IPP y no fue solicitada la aplicación del criterio, y por ende se inició el juicio encontrándonos en la II etapa del proceso, puede ser viable el pedido en el momento de las conclusiones finales que cada parte deberá presentar en el debate final.

Ahora bien, transcurridas estas etapas de IPP, o las conclusiones en el juicio, queda la última carta en manos del juez, al momento de la sentencia, donde puede ser utilizado el instituto de la pena natural como medio de absolución del imputado.

CITAS

- (1) Fontán Ballestra, Carlos. Derecho Penal: Introducción y parte general. Bs. As.: Abeledo Perrot; 1998. Pag.537.
- (2) Ibídem.
- (3) Zaffaroni, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal: parte general. 6ta ed. Bs. As.: Ediar S.A; 1998.
- (4) Righi, Esteban y Fernandez, Alberto. Derecho Penal: La ley, el delito, el proceso y la pena. Bs. As.: Hammurabi; 2005. Pág. 42.
- (5) www.selettigroup.com.ar/Selesis/delphos/Politicacriminal . 25/10/11, última consulta.
- (6) Fontán Ballestra, Carlos. Derecho Penal: Introducción y parte general. Bs. As.: Abeledo Perrot; 1998. Pag.83.
- (7) Zaffaroni, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal: parte general. 6ta ed. Bs. As.: Ediar S.A; 1998. Pág 633.
- (8) http://es.wikipedia.org/wiki/Humanizaci%C3%B3n_de_la_pena). 25/10/11
- (9) Zaffaroni, Eugenio Raul, op. Cit., pág 86).
- (10) www.procesal1-catedra2.com.ar . 20/10/11
- (11) www.procesal1-catedra2.com.ar . 20/10/11
- (12) Gourvet, Juan Fernando. Actualidad y vigencia de la pena natural. [ed, 230-944]
- (13) ibídem. Pag 2
- (14)
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=52&Itemid=27 . Fernando Yávar Umpiérrez . 15/10/11
- (15) Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar Alejandro: Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2005, pag. 997.

- (16) *Ibíd.*
- (17) LLBA2010 (agosto), 236 [Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 4 de Mar del Plata \(JCrimyCorrecMardelPlata\)\(Nro4\) ~ 2009-11-11 ~ Muñoz, Raúl Mario](#)
- (18) *ibíd.* Pag.2.
- (19) *ibíd.*
- (20) Conf. Eugenio Zaffaroni, "Derecho Penal. Parte General". Ediar, Bs.As, 2003, pag. 996.
- (21) Herbetta y ot. Código Procesal Penal comentado. Ley 12.734. Zeus SRL. Pag.110
- (22) *Ibidem.* Pág. 111
- (23) Gouvert Fernando, op. Cit. Pag. 3.
- (24) La ley online. AR/JUR/4420/2007
- (25) LA LEY 2006-C, 689. 27/09/2005
- (26) LA LEY 2006-C, 689. [CNCasación Penal, sala IV, "Rosa, Diego M. y otro s/rec. de casación", 27/09/2005, .](#)
- (27) LA LEY 2006-C, 689. 27/09/2005
- (28) La ley online. AR/JUR/46164/2009. Fecha: 25/09/2009
- (29)
http://www.cuartointermedio.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=1196%3Anovedoso-fallo&catid=1%3Aopinion&Itemid=1
- (31) Maier, Julio. Derecho Procesal Penal: I Fundamentos. 2da ed. Bs. As.: Editores del Puerto SRL; 2004, pag. 444.
- (32) Carbone, Carlos Alberto. Sistemas y Principios procesales penales. Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal. A;o XIII-N° 3173. elDial.com. 21/12/10.
- (33) *Ibíd.*
- (34) Maier, julio. Op. Cit. Pag 450.
- (35) Carbone, Carlos Alberto. Op. Cit. Pag 15.
- (36) Maier, Julio. Op. Cit pag 836
- (37) *Ibidem.*
- (38) Maier, Julio. Op. Cit . Pag 386

- (39) Ibidem
- (40) Maier, Julio. Op cit. Pag 387
- (41) Art 10 IV Ley 12.912).
- (42) Art 10 VI ley 12.912).
- (43) Carbone, Carlos Alberto. LA LEY2011-B, 752. Marzo 2011. pag 4.
- (44) Ibidem.
- (45) Ibidem.
- (46) Binder, alberto. Introduccion al derecho procesal penal. AD-Hoc 2da edic actualizada. 2005. BS AS
- (47) Ibidem. pag 265).

BIBLIOGRAFIA

a) GENERAL

- Maier, Julio: Derecho Procesal Penal: I Fundamentos.2da ed. Bs. As.: Editores del Puerto SRL; 2004.
- Zaffaroni, Eugenio Raul: Manual de Derecho Penal: parte general. 6ta ed. Bs. As.: Ediar S.A; 1998.

b) ESPECIFICA

- Carrio, Alejandro: Garantias constitucionales en el proceso penal. 4ta ed. Bs. As.: hammurabi; 2003
- Erbeta, Daniel; Orso, Tomás; Franceschetti, Gustavo; Chiara Diaz, Carlos: Nuevo Codigo Procesal Penal de La Pcia. De Santa Fè comentado Ley 12.734; Rosario: Zeus SRL; 2008

- Gunther, Jakobs: Moderna Dogmatica Penal: Estudios compilados. Mexico. Porrúa; 2006.
- Righi, Esteban y Fernandez, Alberto. Derecho Penal: La ley, el delito, el proceso y la pena. Bs. As.: Hammurabi; 2005

INDICE

Capítulo I

LA PENA.CONCEPTO.TEORÍAS. HUMANIZACIÓN.

1. Introducción.....	9
2. Concepto de pena.....	9
3. Evolución.....	10
4. Teoría de la pena.....	13
5. Ius puniendi.....	14
6. La coerción penal como medio para proveer a la seguridad jurídica.....	15
7. Humanización de la pena.....	19
8. Disposiciones internacionales.....	23
9. Política criminal	24
10. Conclusion.....	26

Capítulo II

LA PENA NATURAL

1. Introducción.....	28
2. La pena natural. Concepto.....	28
3. Origen.....	30
4. Consideraciones jurídicas.....	31
5. Argumentos de doctrina y jurisprudencia.....	36
6. Codificación nacional y comparada.....	36
7. Doctrina y jurisprudencia relacionada.....	37

8. Conclusiones	40
-----------------------	----

Capítulo III

SISTEMAS Y PRINCIPIOS PROCESALES PENALES

1. Introducción	43
2. Sistemas y principios	43
3. Sistema acusatorio.....	45
4. Sistema inquisitivo.....	47
5. Método adversarial.....	52
6. Principios procesales.....	53
7. Conclusiones	59

Capítulo IV

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. REGLAS DE DISPONIBILIDAD DEL CPPSF. LA PENA NATURAL COMO REGLA DE DISPONIBILIDAD.

1. Introducción.....	61
2. Principio de oportunidad	61
3. Reglas de oportunidad del CPPSF.....	65
4. Trámite	66
5. Aplicación de la pena natural como criterio	67
6. Conversión de la acción pública en privada.....	67
7. Codificación provincial.....	69
8. Aplicación de de la pena natural durante el juicio.....	70

9. Derecho comparado.....	71
10. Conclusión.....	75

Capítulo IV

CONCLUSIONES FINALES

1. Introducción.....	77
2. Conclusión y análisis	77
Citas	81
Bibliografía	83