



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

“Sistemas Alternativos de Solución del Conflicto Penal. La Pena Natural”

2014

Tutor: Dr. Carlos Carbone

Alumna: Moretti, María Laura

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: Febrero de 2014.

Dedicatorias y Agradecimientos

Mi mayor y eterno agradecimiento a mis padres por su apoyo incondicional y por hacer posible que logre este objetivo tan deseado.

A mi familia, y a todos aquellos que me acompañaron en cada momento.

Al Dr. Carlos Carbone por su tiempo y colaboración.

A mis apreciados compañeros con los cuales compartí momentos inolvidables.

Y a las autoridades de esta Casa de Estudios que colaboraron para que pueda hoy alcanzar esta meta.

1- Resumen

Dentro del presente trabajo se desarrollaron temas de creciente interés para nuestra sociedad.

En el primer capítulo se trabajó con los Medios Alternativos de Solución de Conflictos dentro del Sistema Penal, los cuáles forman parte del mundo jurídico actual-

El objeto a estudiar fue la “Pena Natural, instituto que fue incorporado al Nuevo Código procesal de la provincia de Santa fe en su artículo 19 inc. 3.

Al plantear el tema, objeto de estudio se determina el problema a investigar como así también se proponen los objetivos de logro y la hipótesis del trabajo.

En segundo lugar trabajamos con Los Sistemas de Reacciones Penales, haciendo lugar a las teorías de la pena, la medida de seguridad, la diferencia entre estas y las penas entre otros temas de interés jurídico.

En el capítulo tercero se trabaja con “La individualización de la pena”, aquí se tratan temas relacionados con el ámbito de individualización de la pena, la individualización legal, la individualización judicial, la individualización ejecutiva, y otros temas relacionados con el eje central del mismo.

Ya en el capítulo cuarto desarrollamos “La pena Natural” desde su origen, el concepto los principios de humanidad, culpabilidad proporcionalidad, desarrollando especialmente el principio de Oportunidad.

Se hace especial mención al art. 41 del Código Penal. Se desarrollan los criterios de oportunidad, y se trata como tema especial las reglas de disponibilidad del Nuevo Código Procesal penal de la provincia de Santa Fe. Se comparan los distintos modelos de oportunidad y la regulación argentina de los criterios o reglas de Oportunidad. Se desarrolla la Pena Natural como principio de Oportunidad, la Oportunidad y Escucha de la Víctima. Así también se trabaja con la Pena Natural dentro del Derecho Comparado. Se plantea en jurisprudencia el Caso Beloso, que fue lo que motivó la realización de este trabajo.

Finalmente se plantean las conclusiones finales y las propuestas tratando de evaluar si resulta necesaria una reforma al Código Penal Procesal de la Nación.

2- Estado de la Cuestión

Los medios alternativos de solución de conflictos dentro del Sistema Procesal forman parte de un tema común dentro del mundo jurídico actual.

Del estudio de la doctrina, de las legislaciones y de las propuestas programáticas e institucionales de los diferentes países que los contemplan, se observa que los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en el Proceso Penal vienen siendo propuestos y promovidos como una opción institucional de acceso y mejoramiento de la justicia.¹

Tomando en cuenta lo publicado por El Consejo Permanente de la OEA, por el Grupo Especial encargado de dar cumplimiento a las Recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas, sobre Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los Países Americanos durante el período 15 de noviembre de 1999, que fue la fecha de inicio del trabajo hasta el 15 de febrero del 2000, podemos decir que a partir de su consideración en el ámbito constitucional y/o siendo el objeto de leyes específicas, estos medios constituyen de más en más un aporte estructural relevante y marcan una orientación revalorizante de la función social de la justicia como garantía de la convivencia pacífica.

Por otra parte, la mención de "alternativos" con que se conocen y difunden estos medios y procedimientos, tiene relación y guarda mayor coherencia con el objetivo y las características de no confrontacionales, de autogestión y de protagonismo ciudadano en el tratamiento de la conflictividad social, que definen principalmente su aplicación². La mención de "alternativo" no puede entenderse como la pretensión y la búsqueda de una cierta privatización de la justicia o como

¹ Extraído de: Consejo Permanente de la OEA. Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los países americanos.

Disponible en www.oas.org/consejo/sp/cajp/docs/cp09044s04.doc. Última consulta 1 de noviembre del 2013.

² Ibídem

la sola y exclusiva intención de restarlos de la institucionalidad de la Administración de Justicia y del Poder Judicial en el ámbito del Estado de Derecho.

Cada país toma la denominación y las características particulares, la modalidad específica de tratamiento y resolución de conflictos.

Entre estos métodos, medios y modalidades se pueden identificar y caracterizar principalmente como tales a la Mediación, la Conciliación y el Arbitraje.

Los métodos alternativos fueron desarrollándose y evolucionando en el proceso penal en sus diferentes modalidades específicas; han ido acercándose hacia una comprensión similar y, a veces, única para sus diferentes usos.

Podemos decir que estos han sido incorporados por los diferentes países en el marco de los esfuerzos y programas oficiales de modernización de la justicia.

Como objetivos directos encontramos: la descongestión de los tribunales, la mayor celeridad en el conocimiento y resolución de las contiendas y el necesario mejoramiento del acceso a la justicia para las poblaciones.

Al indagar sobre la legitimidad institucional y legal, reconocida por los sistemas jurídicos en el marco de Estados de Derecho, observamos que en más de la mitad de los países consultados acerca de estos métodos alternativos, en cuanto tales, están reconocidos a nivel Constitucional. En todos ellos hay leyes o reglamentos específicos referidos a alguna de las modalidades. Se trata de legislaciones recientes en el caso de la Mediación y de la Conciliación, y de más tiempo en el caso del Arbitraje³.

Estos sistemas alternativos se encuentran jurídicamente reconocidos y en muchos casos fueron objeto de normas legales y reglamentarias específicas.

Su implementación en los países americanos es un proceso recién iniciado y en estado incipiente.

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos penales tratan de formalizar lo informal.

³ Ibídem

Los acuerdos que pueden surgir de la aplicación de estos sistemas suelen tener un mayor grado de cumplimiento cuando son reconocidos o incorporados en alguna instancia o procedimiento formal posterior. Esto se pone de manifiesto en los procesos de sistematización y evaluación de programas de Mediación en temáticas medio ambientales, de familia y escolares, en donde los porcentajes de cumplimiento y ejecución de los acuerdos son definitivamente más importantes cuando ha habido una formalización del acuerdo que cuando no la ha habido.

Colombia fue el primer país que utilizó la conciliación como solución a la demora y sobrecarga de los tribunales. Ello aconteció en la segunda mitad de la década de los ochenta en que se inicia un cambio importante en el tratamiento de la conciliación que actualmente tiene sustento en el inciso 4° del art.116 de la Constitución política. En la Argentina, estos métodos comenzaron a gestarse a fines de 1990 tomando un ritmo vertiginoso.

En estos años, no sólo se ha desarrollado el Plan Nacional de Mediación, también se dictaron leyes que regulan la mediación y la conciliación y reglamentos institucionales de arbitraje que remozan este proceso frente a las ya antiguas formas incluidas en el Código Procesal Civil y Comercial.

Atendiendo a la Mediación Penal, en nuestro país, el 25 de agosto de 1999, en una jornada sobre Mediación y Derecho Penal realizadas en la Facultad de Derecho de la UBA, se dio a conocer la realización de una Experiencia Piloto de Mediación Penal, en la que se encuentran involucrados la Fiscalía General de la Nación, (resolución PGN 45/99), la Defensoría General de la Nación (resolución D.G.N. n°124/99) la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Disputas del Ministerio de Justicia,(resolución n°397/99) jueces correccionales y penal de menores.⁴

En toda Latinoamérica el movimiento de Resolución Alternativa de Conflictos está en pleno desarrollo, especialmente la mediación.

⁴ Extraído de: Doctrina: Resolución Alternativa de Conflictos. Estado actual en el panorama latinoamericano. Disponible en: EIDial.com. Biblioteca Jurídica. www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina-detalle-tc.asp?Última consulta 3 de noviembre del 2013.

Estos métodos no pueden estar ausentes en el proceso de modernización de la Justicia.

Respecto al tema, objeto de estudio de esta tesis: “La Pena Natural” en los países latinoamericanos, durante los últimos años hubo una serie de reformas dentro de la justicia criminal, destacándose el principio de oportunidad en los códigos Penales y en la Doctrina que los estudia.

La pena natural genera serios cuestionamientos a los fundamentos de la teoría del delito y de la pena sin dejar de vislumbrarse la inconstitucionalidad de aplicar en un caso concreto una pena de las determinadas por la ley y que de forma abstracta la conducta prohibida per se no genera repulsa constitucional.

Según Bacigalupo, la idea de una distinción entre poena forensis y poena naturalis proviene de Kant, aunque ya aparecía en Hobbes, quien la denominaba “pena divina”.⁵

Siguiendo a Zaffaroni, *“se llama pena natural al mal que se autoinflinge el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón”*⁶

Para Roxin, *“la dispensa de la pena que analiza desde el derecho de fondo fue pensado en el supuesto de que el sujeto ya haya sido castigado suficientemente por las repercusiones de sus delitos, como el caso del automovilista que ha provocado culposamente un accidente y que sufre él mismo graves lesiones con peligro para su vida”*⁷.

Podemos decir que actualmente no existe abundante Doctrina que trate el tema que se pretende desarrollar.

La pena natural la limitan los distintos códigos adjetivos penales que la contemplan, como supuesto de aplicabilidad del principio de oportunidad, a los casos en que el imputado ha sufrido, a consecuencia de la acción delictiva, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

⁵ Bacigalupo, Enrique. Principio de Culpabilidad, Carácter del Autor y Poena Naturalis en el Derecho Penal Actual en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Nueva Serie No. 2, 1998, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, pag. 94.

⁶ Zaffaroni, Eugenio, R. Alagia, A. Slokar, A: Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2005, p, 739, 740.

⁷ Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General, Fundamentos. La estructura de la pena. Tomo 1 Editorial Civitas. Pág 130.

Se habla de "Pena Natural" cuando se está frente de ciertos casos, en que el autor ha obrado típica y antijurídicamente, y para algunos, como veremos, culpablemente, pero como consecuencia del hecho el sujeto a sufrido consecuencias síquicas y/o físicas, que por su importancia hacen innecesaria una pena estatal.

En cuanto a antecedente jurisprudencial relativo al tema, tenemos el reciente fallo dictado por el Juzgado Penal de Sentencia N° 8 de la ciudad de Rosario, con fecha 4 de junio del 2009.

En este fallo el juez de sentencia Dr. Carlos Carbone admite aplicar el criterio de oportunidad, ya que considera innecesaria o desproporcionada la pena que le correspondería al imputado, en virtud de las consecuencias sufridas por la comisión del delito, y que además no median razones de seguridad o de interés público.

Como consecuencia de esto la causa quedó archivada y se declaró extinguida la acción penal.

La pena natural tiene un trasfondo constitucional por tener que estar de acuerdo a los principios de humanidad (Art. 18 CN) y proporcionalidad, ya que el fin de toda pena es la prevención y no el castigo por el castigo mismo.

Autores como Hobbes y Kant, León Tolstoi y Alejandro Goldenweiser hacen referencia a la irracionalidad de la pena cuando no tiene ninguna función que cumplir.⁸

Zaffaroni enseña que, "... se llama poena naturalis 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 el máximo la evidencia de su inutilidad...".⁹

⁸ Conf. Coscia, Orlando, "Pena Natural. Opúsculo para su entendimiento en el ámbito de la Ley penal", p. 11 y sigtes. Ed. Publifadecs, 2001.

⁹ Zaffaroni, Alagia. Bloca. Derecho Penal. Parte General. Pág 95

Orlando Coscia¹⁰ comparte estas ideas sosteniendo: "... en el terreno estrictamente dogmático adhiero a la idea de 'compensación de culpabilidad' propuesta por Bacigalupo, sin desconocer la amplia base constitucional que refleja el tema, casi con argumentos propios... La compensación de culpabilidad pasa por individualizar la relación entre el 'daño causado' y el 'daño sufrido', como vector para evaluar la viabilidad del beneficio, precisamente al amparo del análisis del elemento 'culpabilidad' en el marco de la teoría del delito".

Tengamos presente que se habla de pena natural en los casos en los cuales el autor sufre una retribución natural como resultado de su propio comportamiento desviado, que supera con creces la pena que se puede esperar de su persecución penal. Es decir, se aplica a supuestos en que un individuo que causó un delito sufre un daño más grave ya sea físico o moral, que la pena impuesta para el mismo.

Como bien se dijo anteriormente los antecedentes jurisprudenciales son escasos. En Doctrina hay autores relevantes que tratan el tema de la Pena Natural, como: Zaffaroni, Slokar, Alagia, y el Dr. Carbone entre otros.

3- Marco Teórico

Se expondrán temas que hacen a la generalidad de la temática a tratar, situando a los mismos dentro del Derecho Procesal Penal. Los mismos son analizados, discutidos y expuestos en esta tesis a partir de una amplia y variada doctrina y jurisprudencia consultada.

Se profundizarán conceptos relevantes acerca de los Sistemas alternativos de Solución del Conflicto penal, se tratarán los Sistemas Penales, la Individualización de la pena, para finalmente llegar a abordar La Pena Natural.

Acerca de los Sistemas Alternativos de Solución al Conflicto Penal, trataremos con mayor intensidad la Mediación Penal.

¹⁰Coscia, Orlando, "Pena Natural (Notas acerca de su reaparición en el escenario del Derecho Penal)", p. 415, en "Pensamiento Penal del Sur", Ed. Fabián J., Di Plácido, 2004.

Entre otros tomaremos conceptos de Bush y Folger, quienes consideran que la Mediación Penal puede transformar la vida de las personas, y estiman que la misma aporta revalorización y reconocimiento.

Resulta posible enmarcar la mediación dentro del principio de oportunidad como una alternativa que puede ser ejercida con la finalidad de que los conflictos lo resuelvan las partes como protagonistas del mismo, y a la vez concluir de este modo con causas penales con menor dispendio jurisdiccional y mayor celeridad.

A través de la mediación como preliminar del procedimiento penal o aun por fuera de él se trata de que quienes ejercen la acción pública efectúen una selección de los hechos en que han de intervenir. Ello no obsta a que el principio de oportunidad pueda ser aplicado para no formular acusación en el estadio procesal oportuno, derivar hacia la mediación e incluso proveer a la suspensión provisional o definitiva del proceso.

Podemos decir que la mediación es un proceso para solucionar los conflictos con la ayuda de una tercera parte que es neutral, un mediador quién facilitará la comunicación entre las partes, esto va a permitir que estas personas en conflicto puedan exponer su problema en esta negociación que es la mediación y poder acordar sus diferencias. Es importante tener presente que la mediación no juzga. Su objetivo no es determinar la culpabilidad o inocencia de una persona sino arreglar constructivamente sus diferencias.

Respecto a los Sistemas de Reacciones Penales se nombrarán y describirán los instrumentos de que dispone el Derecho Penal, como medios frente al delito. Se considerarán las diferencias entre pena y medidas de seguridad.

En cuanto a la Individualización de la Pena, “es el procedimiento por medio del cual se adecua la pena al caso concreto y a las circunstancias particulares del autor” (Creus).

Hay autores que consideran que la verdadera Individualización de la Pena es la individualización judicial, ya que es en ella, cuando el jus puniendi se revela en toda su plenitud, es el juez el que conoce al procesado con sus virtudes, sus carencias, sus vicios y esperanzas en volver a reiniciar una nueva vida.

Atendiendo a la Pena Natural y siguiendo las palabras de Zaffaroni, podemos decir 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. Conceptualmente y siguiendo a Zaffaroni la pena natural es el mal grave que el agente sufre en la comisión o con motivo del injusto, ya sea que el daño sea causado por sí mismo o por terceros con motivo de su autopuesta en peligro; pudiendo el mal recaer también en terceros con los cuales el agente tiene una relación.

Se tiene en cuenta el daño físico que sufre la persona, como así también el daño moral, toda aflicción que puede causar el ilícito cometido.

Se hará mención de los argumentos jurídicos para la valorización de la Pena Natural, tratando los diferentes principios.

Se tratará especialmente en el capítulo correspondiente a la Pena Natural Las reglas de disponibilidad del Nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe, dónde se considerará el artículo 19 inc.3 de este nuevo código incorporando los criterios de oportunidad que viene a excepcional el principio de legalidad que hacen innecesaria la aplicación de una pena, es decir que trae aquellos casos en que el Ministerio Público no podrá promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal.

4- Introducción

El tema a desarrollar: “Sistemas Alternativos de solución del conflicto Penal. La Pena Natural”, pertenece al Derecho Público, y dentro de éste al área del Derecho Procesal Penal.

El Derecho Procesal Penal está formado por el conjunto de normas jurídicas que regulan los procesos penales desde su inicio hasta su fin, teniendo la característica primordial de una justa e imparcial administración de la justicia, la actividad de los jueces y la ley de fondo en la sentencia.

Su función radica en investigar, identificar y sancionar las conductas de aquellos que cometen delitos, evaluando las circunstancias de cada caso con el objeto de preservar el orden social, buscando objetivos que conciernen al orden público.

En cuanto a la relevancia del tema puedo decir que dentro de los antecedentes jurisprudenciales relativos al mismo, el fallo dictado por el Juzgado Penal de Sentencia N° 8 de la ciudad de Rosario, sobre el caso “Beloso” fue el motivo que incentivó la realización de este trabajo. Este fallo fue dictado el 4 de julio de 2009, por el Juez de Sentencia Dr. Carlos Carbone. El tema me interesó por dos motivos, en primer término me parecía desproporcionado aplicar una pena a alguien que sufrió un mal y que de alguna forma ya pagó por eso (proporcionalidad de la pena, principio de humanidad) y en segundo lugar considero que la justicia penal, está tan abarrotada que este tipo de casos debería resolverse de esta manera que es la más conveniente.

Al plantear el tema de esta investigación se plantean una serie de interrogantes que permiten describir el problema de investigación.

¿Es conveniente la aplicación de la pena natural cuando la sanción penal prevista para la conducta delictiva resulta innecesaria o desproporcionada, ya sea porque los fines de la prevención especial y/o general contenidos en la pena ya se cumplieron o porque el daño causado por el delito cometido resultó infinitamente menor al que padeció el agente por el mismo?

Frente a este problema de investigación propongo la **siguiente hipótesis**, que se defenderá y demostrará a lo largo del trabajo:

“La pena natural es un instituto que debería aplicarse siempre que se dé el supuesto del artículo 19 inc. 3° del Nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe”.

Teniendo presente el problema de investigación se determinan los objetivos de logro, por lo que podemos sugerir como **objetivo general**: Analizar la conveniencia de la aplicación de la pena natural y como **objetivos específicos**: Definir los alcances de las disposiciones actuales, Describir las potestades del juez en estos casos, Analizar si se compromete la seguridad y el interés público, lo que llevaría a la inaplicabilidad de la regla según el artículo que la reglamenta.

Dentro de la Metodología que se utilizará en este trabajo se mencionan: El Análisis de textos legales doctrinarios y jurisprudenciales, la confección de fichas de contenido y bibliográficas.

Para esto se utilizará como Medios y Recursos: Bibliografía especializada, acerca del tema. Bibliografía y Jurisprudencia extranjera. Artículos periodísticos y Páginas Web de organismos públicos y privados.

Capítulo I

SISTEMAS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO PENAL.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El concepto de Mediación. 2.1. Acerca de la Mediación. 3. Ventajas del Sistema de Mediación. 4. Desventajas que se presentan dentro del Sistema de Mediación. 5. El Conflicto y la Mediación en el Ámbito Penal. 5.1. El Conflicto. 5.2. La Mediación como modo de resolución de conflictos de índole penal. 6. El procedimiento de Mediación en nuestro ordenamiento Jurídico. 7. Consideraciones Finales.

1- Introducción

En el presente capítulo se tratarán los Sistemas Alternativos de Solución al Conflicto Penal.

Dentro de los Sistemas Alternativos de Solución al Conflicto Penal podemos nombrar: La Negociación, La Conciliación, la Mediación, El arbitraje y el juicio.

Trataremos con especial énfasis en este primer capítulo la Mediación Penal teniendo presente que estadísticas recientes demuestran que la Oficina de Mediación de la ciudad de Rosario¹¹ atendió durante el período 2013, 326 casos, pidiendo a la vez mayor difusión del sistema. Resolviendo de este modo un 73% de los conflictos penales sujetos a mediación

Todos son conscientes que El Sistema Penal, fuertemente impactado por el crecimiento delictivo, se muestra incapaz de atender todas las denuncias, tramitarlas y hacerlas que concluyan en sentencia absolutoria o condenatoria.

Resulta muy frecuente escuchar críticas al funcionamiento del Poder Judicial. Básicamente esta sensación de insatisfacción percibida por la sociedad puede resumirse en dos ítems fundamentales: a) la sobrecarga de los tribunales b) la falta de satisfacción de los intereses de las partes que se someten al proceso judicial.

2- El concepto de Mediación

Mediación es el procedimiento por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral, tratan de lograr una solución a sus diferencias a través de un convenio o acuerdo que reglará para ellos las relaciones en el futuro, y tratará de resolver el problema existente.

Este método se caracteriza en ganar – ganar, significando esto que lo que gana uno no debe ser perdido para otro.

La mediación se caracteriza por ser privada, informal y confidencial, basada en la buena fe y el respeto mutuo, de instancia previa y obligatoria.

¹¹ Fuente: Diario La Capital, del 17 de Noviembre de 2013. Por María Laura Cicerchia. Pág. 40.

El objetivo fundamental de la mediación debe ser promover la resolución del conflicto, posibilitando llegar a acuerdos, y que éstos sean de tal naturaleza que las partes en disputa los consideren satisfactorios. Otro objetivo importante, a tener en cuenta en la mediación, consiste en mejorar la relación entre los litigantes; si no es posible transformar en amigos íntimos a los adversarios, por lo menos debe obtenerse un mínimo de fortalecimiento de la relación, dando lugar a que las partes se sientan protagonistas.

2.1- Acerca de la Mediación

Bush y Folger¹² deducen que la mediación puede hacer mucho más que promover acuerdos y mejorar las relaciones. Puede transformar la vida de la gente, infundirle tanto en un sentido más vivido de su propia eficacia personal. Incluso si no se alcanza un acuerdo, debe considerarse a la mediación como un éxito si aporta revalorización y reconocimiento. Y si también hay acuerdo, tanto mejor. Bush y Folger dicen que el acuerdo es un aspecto colateral de un tema más importante: la revalorización de la persona.

La práctica de la mediación ha aparecido como la herramienta individual más poderosa en el movimiento de alternativas a la Resolución de Disputas destinado a crear alternativas para los litigios.

A mediados del siglo XX, en la década del setenta, en Estados Unidos nació la mediación, como una estrategia encaminada a la resolución de conflictos. Debido al logro de los objetivos propuestos, en el ámbito legal de algunos estados, como el de California, se instituyó la mediación con excepción del fuero penal, como una instancia obligatoria, previa al juicio.

En nuestro país, el Poder ejecutivo a través del Decreto N° 1480 (19/08/1992), declaró de interés nacional el desarrollo de la mediación como método alternativo para la solución de conflictos. Posteriormente, el Ministerio de Justicia reglamentó la creación del Cuerpo de Mediadores, que desde septiembre de 1992 hasta la fecha ha alcanzado un 60% de acuerdos en los casos que fueron derivados de distintos juzgados de la Capital Federal.

¹² Bush – Folger – “La promesa de la mediación” – Editorial Granica 1996

El 5 de octubre de 1995 se sancionó la Ley N° 24.573, norma regulatoria muy debatida en ambas cámaras, especialmente en lo atinente a la obligatoriedad y la decisión de que los abogados fueran los únicos profesionales que pudieran officiar de mediadores luego de una capacitación específica, situación que se ve cuestionada por profesionales de ramas diferentes a las del derecho, que entienden en técnicas de mediación.

En relación con esta norma regulatoria, Corbo Zabatel¹³ opina que la Ley N° 24.573 "planteaba una contradicción al volver obligatorio el pasaje de un dispositivo cuyo rasgo fundamental es precisamente la voluntariedad y la libre elección del mediador", que si bien se puede marcar la contradicción de la norma esta se ve justificada por que se determina un marco normativo en el que se resalta la seguridad jurídica, característica de un estado de derecho.

La práctica de la mediación ha tenido un inmenso crecimiento desde el momento de su aparición y sus campos de aplicación se han ido multiplicando debido, entre otras razones, a que:

- Constituye una invitación a la participación y a la responsabilidad de todos los sujetos involucrados en el conflicto.

3- Ventajas del sistema de mediación.

Dentro de la aplicación de la mediación se evidencia cuales son las ventajas o beneficios más sobresalientes del sistema:¹⁴

1- Produce un sensible alivio a los tribunales: pues en algunos casos se soluciona sin haber ingresado al sistema formal judicial. Si es cierto que gran cantidad de casos se resuelven extrajudicialmente, el solo hecho de iniciar un expediente produce todo un papeleo provocando así la puesta en funcionamiento del sistema. Esto ocasiona gastos al estado y lleva a los tribunales a un estado próximo de saturación, que perjudica a las otras causas que deben continuar el proceso.

2- Ahorro de tiempo: para lograr la conducción del conflicto ya que cada vez son más los casos que ingresan a los tribunales y pasan varios años antes

¹³ Corbo Zabatel: Sobre prácticas y escenarios: Disponible en: www.revistalatrampa.com.ar. Última consulta 5 de noviembre del 2013.

¹⁴ Ibídem

que alguno se resuelva. Pero no solo el juicio demora sino que también insume tiempo a las partes por las presentaciones en los tribunales. Hay casos en que la necesidad de tomar una decisión urgente, no permite esperar el tiempo de la justicia, en estos casos la mediación brinda una gran ayuda puesto que se admite que se comience a mediar en el momento en que las partes lo acuerden, que puede ser en pocos días o en pocas horas.

3- Ahorro de dinero: por resultar más económica que los procesos formales, porque generalmente los honorarios se abonan por consulta y no en relación con los capitales en juego, además produce un ahorro de casi el cien por cien en tasa de justicia.

4- En la mediación se trata de evitar que haya ganadores y perdedores, lo que hace al beneficio de la relación futura de las partes alguna de las partes se siente perdedora puede retirarse e iniciar un juicio.

5- Aumenta la creatividad: en la medida que no hay ningún límite externo, salvo los que se establecen en la mediación para crear el acuerdo Al ser más flexibles utiliza capacidades alternativas que no están previstas dentro del sistema judicial formal. No debe basarse en leyes previas, en antecedentes y al mismo tiempo no debe sentar precedente en otros casos Solo tendrá este valor para las partes involucradas y para el mediador

6- La mayor ventaja individual que produce la mediación es un mayor aumento de protagonismo de las partes, lo que aumenta la responsabilidad de estas.

7- Es estable, ya que logra acuerdos a largo plazo, por que las partes reconocen en estos su propia participación ya que fueron coautoras de él.

4- Desventajas que se presentan dentro del Sistema de mediación

Se realizaron investigaciones que ponen de manifiesto las desventajas del sistema planteado:

Una de las investigaciones mas destacadas ha sido realizada por una investigadora feminista *Janet Rifkin*¹⁵, esta sostiene que las mujeres logran peores

¹⁵ Rifkin, Janet – “Online dispute Resolution Resolving conflict on cyberspace” – Hardcover (2001)

acuerdos cuando recurren al método de la mediación que cuando solucionan sus conflictos que en el sistema judicial formal. En materia de dinero obtienen cuotas menores, que se mantiene la misma relación inter - accional que existía en la pareja y que si había temor este continua. *Sara Cobb*¹⁶ refuta a esta autora porque sostiene que en el ochenta por ciento de las mediaciones se habla de violencia. Así también *Rifkin* dice que en algunos casos se llega a acuerdos no beneficiosos, sobre todo cuando solo una de las partes quiere acordar, porque por miedo a perderlo todo en un juicio transan antes en vez de defender lo máximo posible su postura.

El acceso reducido a la justicia que tienen las partes, por que al ser obligatoria y en muchos casos llegarse a un acuerdo, estas se alejan del sistema judicial, lo cual a su vez trae otro problema a la justicia y es que no se encuentra retro - alimentada por la cotidianidad, lo cual lleva a que no se sienten precedentes y a que no se dicten leyes mas acordes con el momento vivido en la comunidad.

La crítica más sobresaliente es que se negocian derechos civiles que deberían ser inalienables.

5- El Conflicto y la Mediación en el ámbito Penal.

La normativa vigente establece la pena privativa de la libertad¹⁷ como respuesta a la mayoría de las conductas tipificadas como delito en el Código Penal.

En el orden jurídico internacional, la Organización de las Naciones Unidas ha realizado diferentes manifestaciones sobre esta temática. En el instrumento internacional denominado Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, se expresa que “Los Estados miembros introducirán medidas no privativas de libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones y de esa

¹⁶ Sara Cobb: Cobb, Sara y otros: "Discurso ceremonial: desde el debate al diálogo", material bibliográfico del curso "Negociación y resolución de conflictos" Universidad de California, Santa Bárbara, agosto-septiembre de 1995

¹⁷ Los inconvenientes que trae aparejada la ejecución de la pena privativa de la libertad, ha sido objeto de estudios de muchos doctrinarios, razón por la cual no serán desarrollados en el presente trabajo Cfr. Cesano “Las alternativas al encierro carcelario clásico en la ley de ejecución de la pena privativa de libertad (Capítulo II, Sección Tercera, de la ley 24.660)”, en Pensamiento Penal y Criminológico, Revista de Derecho Penal Integrado, Año IV, N° 7, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, pág.198 y ss.

manera reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente¹⁸.

Así, la recomendación de utilizar medidas diferentes¹⁹ a la pena privativa de la libertad realizada por Naciones Unidas²⁰, la incorporación de las mismas en el sistema jurídico de algunos Estados, como así también los antecedentes doctrinarios²¹ existentes sobre esta temática, tanto a nivel nacional como internacional, permiten sostener que todo ello ha sido de un invaluable aporte al brindar recursos diversos para la resolución de conflictos penales.

5.1- El Conflicto

De acuerdo al vocabulario vulgar, conflicto significa desacuerdo, desavenencia, lucha, pelea. Sin embargo, podemos hacer una distinción muy útil a los efectos de entender sobre qué aspectos opera la mediación. Una desavenencia constituye un conflicto interpersonal que se comunica o manifiesta. Un conflicto puede no llegar a ser una desavenencia si no se le comunica a alguien en forma de incompatibilidad percibida o de reclamación²²

¹⁸ Texto enunciado en el Quinto Objetivo Fundamental de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), aprobadas por la O.N.U. el 14 de diciembre de 1990.

¹⁹ Existe una amplia gama de medidas diferentes a la pena privativa de la libertad conocidas en sistemas judiciales del mundo. Algunas de ellas son: Trabajo a favor de la comunidad; Semilibertad; Compensación; Indemnización, Orientación psicológica; Caución de no ofender; Tratamiento en libertad; Amonestación; Limitación de residencia; Arresto domiciliario; *Parole*; Suspensión del juicio a prueba (sobre el desarrollo de esta temática cfr. Battola, Karina E. *“Alternativas a la pena de prisión. Aplicación de la suspensión del juicio a prueba en la Justicia Federal”*, Lecciones y Ensayos del Inecip Córdoba, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, pág. 16 y ss. Ahora bien, muchas de estas medidas no existen en nuestro ordenamiento jurídico (ejemplo de ello son: Compensación, Orientación psicológica, Caución de no ofender, Amonestación, *Parole*). Otras, en cambio, se aplican solamente como modalidades de ejecución de la pena privativa de la libertad (Trabajo a favor de la comunidad, Semilibertad, Tratamiento en libertad, Arresto domiciliario). En el caso de la suspensión del juicio a prueba, existe no como medida alternativa a la pena de prisión, sino como un instituto procesal, cfr. Battola ob.cit., pág. 17 y ss.

²⁰ Ello, demuestra sostener la tesis de mínima intervención estatal. Sobre esta temática Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl *“En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal”*, Ediar, Buenos Aires, 1989, pág. 93 y ss.

²¹ Cfr. Cesano, ob. cit., pág. 25 y ss.

²² Folberg y Taylor, *Mediación; Resolución de conflictos sin litigio*, De. Limusa Noriega, México 1992, pag. 38

El conflicto es consustancial en la vida en sociedad, es un proceso de interacción (antagónica) en el que intervienen dos o más personas, el cual está co-construido por las partes. Es un fenómeno de la vida social. Como tal está sometido a las distintas miradas disciplinares.

Es así que desde fines del siglo XIX distintas disciplinas como la sociología, la filosofía y el derecho, se han ocupado del tema del conflicto desde diferentes perspectivas. Hasta hace poco tiempo, tanto los científicos sociales como la creencia popular consideraban al conflicto como algo negativo que habría que evitar. De hecho el significado que nos brinda el diccionario de la Real Academia Española define al mismo como un combate, lucha, pelea.

Ahora bien, si se considera al conflicto como algo inevitable de las relaciones sociales²³, la cuestión es asumir que todas las personas involucradas en un conflicto pueden enriquecerse con el mismo, ya que éste supone tanto conocerse como conocer al otro, como así también implica evolución en las formas de respuestas a los diferentes problemas.

Cada persona responde de manera distinta ante un conflicto, lo cual se debe a las creencias y actitudes que cada uno tiene sobre el mismo y que están basadas en las propias experiencias.

Asimismo, en cada conflicto hay emociones en juego de cada uno de los individuos, que hacen que se actúe de determinada manera. Lo importante es poder reconocer y manejar esas emociones a los fines de poder trabajar con el conflicto.

Así, dado las diversas creencias, actitudes y emociones, existen distintas formas en que las personas se manifiestan ante un conflicto y al mismo tiempo, cada persona puede variar de actitud, mientras se desarrolla el mismo. Estas diferentes reacciones frente al conflicto son: **Competir o confrontar**, que es la conducta que refleja el enfoque ganar-perder, ya que se busca satisfacer los intereses propios sin tener en cuenta la relación. **Evitar**: este tipo de reacción se manifiesta con la retirada, la indiferencia, la negación del problema. Así, el conflicto permanece latente. En este caso, la preocupación por la relación o el

²³ En este sentido cfr. Entelman, Remo “Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma”, Gedisea editorial, Barcelona, 2002, pág. 195.

interés son bajos. **Ceder:** Con esta reacción se evita confrontar con el otro ya que la importancia por la relación es muy alta y la satisfacción de los propios intereses es muy baja. Esta es, también, un modo de evitar el conflicto. **Conceder:** Con esta reacción la parte se preocupa por sus intereses, al tiempo que cede en alguna medida en los mismos, con la finalidad que la otra parte pueda encontrar satisfacción en los suyos. De este modo llegarán a una solución si ambos han cedido. **Colaborar:** En este modo de reacción, las partes tienen un fuerte interés por el resultado como así también por la relación entre ambos. Las partes procuran el mejor resultado posible, fortaleciendo al mismo tiempo su relación. En este modo de reacción las partes tienen una visión positiva del conflicto, asumiendo que éste es parte de la vida en relación y no se preocupan por quien “tiene razón” o quien “debe ganar”, sino que intentarán satisfacer los intereses de ambos²⁴.

La mediación tendrá por objetivo resolver la desavenencia o disputa, (la solución concreta con el tercero). Pero la mayoría de las veces será muy difícil encontrar una salida si solamente operamos con los elementos que definen la posición, si sólo nos centramos en el conflicto manifiesto (desavenencia).

5.2- La mediación como modo de resolución de conflictos de índole penal.

En el procedimiento de mediación los protagonistas de un conflicto, son asistidas por un tercero neutral (mediador²⁵), e intentan solucionar sus discrepancias. Ello implica que las partes directamente involucradas cuenten con la oportunidad de discutir la ofensa, armonizar sus intereses antagónicos y obtener soluciones satisfactorias.

La mediación en conflictos penales, conforme lo señala Barmat²⁶, es entendida como *“Un procedimiento institucional, en el cual un mediador colabora para que los actores del conflicto derivado de un hecho delictivo, conocido por alguna de las agencias del sistema penal, busquen solucionar sus diferencias a través de una negociación.”*

²⁴ Ibídem

²⁵ En el artículo 33 de la Ley Provincial N° 8858 se establecen los requisitos necesarios para actuar como mediador en sede judicial.

²⁶ Barmat, Norberto D. “La mediación ante el delito” Marcos Lerner, Córdoba, 2000, pág. 29.

El procedimiento de Mediación a nivel nacional ha sido regulado por la Ley N° 24.573. Si bien, la legislación vigente sobre mediación, como así también distintos autores²⁷, se refieren a las características del procedimiento de mediación en materia penal, no se ha querido obviar la opinión al respecto, considerándose que los caracteres imprescindibles de todo proceso de mediación en conflictos penales son: la voluntariedad, la atención a los intereses de la víctima, la reparación, la confidencialidad²⁸, la intervención de un tercero neutral, “el mediador”, la celeridad, garantizando a las partes intervinientes que los plazos de duración serán relativamente breves, logrando así que la resolución del conflicto, del que son protagonistas, se logre en el menor tiempo posible²⁹, la suspensión del proceso judicial³⁰ a los fines que el mecanismo de mediación continúe el curso que demande el trabajo realizado en esta instancia.

Ello, en razón de no tornar ilusoria la posibilidad de conclusión de un acuerdo en mediación. La justificación de esta característica deviene del valor y respeto hacia este tipo de procedimiento y al trabajo allí generado, el cual de modo alguno puede quedar inconcluso y frustrarse por el vencimiento de algún término

²⁷ Entre ellos, Barmat, ob.cit, pág. 133; Romero, Santiago R. “Características generales de la mediación penal” en Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil. Zulita Fellini (directora), Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 111.

²⁸ Esta característica se encuentra especialmente prevista en el artículo 5° de la Ley N° 8858, el cual establece que “El procedimiento de mediación tendrá carácter confidencial. Las partes, sus abogados, el o los mediadores, los demás profesionales o peritos, y todo aquel que intervenga en la mediación, tendrán el deber de confidencialidad, el que ratificarán en la primera audiencia de la mediación mediante la suscripción del compromiso.

No deberán dejarse constancias ni registros algunos de los dichos y opiniones de las partes, ni podrán éstos ser incorporados como prueba en un proceso judicial posterior. En ningún caso las partes, el o los mediadores, los abogados, los demás profesionales y peritos, y todo aquel que intervenga en un proceso de mediación, podrán absolver posiciones ni prestar declaración testimonial sobre lo expresado en dicha mediación”.

²⁹ La ley Nacional de Mediación y Conciliación N° 24.573 en su artículo 9°, establece un plazo máximo de 60 días corridos, con excepción de los casos establecido en el artículo 3° de la citada ley, para los que se fija un plazo máximo de 30 días. Asimismo la Ley Provincial de Mediación N° 8858 en su artículo 25, establece un plazo máximo de 60 días, pero a diferencia de la ley 24.573 en este caso se establece que el cómputo de plazos será por días hábiles. En ambas legislaciones se establece la posibilidad de prórroga de los plazos fijados, siempre que exista acuerdo de partes.

³⁰ El artículo 10° de la Ley N° 4989 sobre Mediación en conflictos penales de la Provincia del Chaco, dispone: “Desde el momento de remisión del conflicto sometido a mediación, el transcurso del plazo de prescripción quedará suspendido”.

procesal y la seguridad jurídica para lo cual, el acuerdo logrado en un procedimiento de mediación, debería ser causal de extinción de la acción penal³¹

Todo ello, se realizará con el recurso de las distintas herramientas que se utilizan en un procedimiento de mediación³², alcanzando cada una de sus etapas, esto es, la explicación a los intervinientes sobre el significado de la mediación, la percepción sobre la visión que cada una de las partes tenga sobre el conflicto del que son protagonistas, detectando los intereses y necesidades de las partes, el reencuadre de la situación conflictiva con las diferentes opciones cuya finalidad será que los protagonistas logren una solución al conflicto y basado en la organización que efectúe el mediador³³.

El procedimiento de mediación en conflictos penales persigue como objetivos: **Generar** que los protagonistas de un conflicto se comprometan activamente en el tratamiento del mismo. El principal objetivo de este procedimiento es que las personas involucradas en un conflicto, mantengan un protagonismo activo en el tratamiento y resolución del mismo, abandonando así, el rol pasivo que les asigna el proceso penal. **Provocar** el contacto recíproco de las personas involucradas en el conflicto. El encuentro entre los protagonistas del conflicto permitirá el acercamiento entre ellos, de manera tal que hallen la posibilidad de despejar temores y encontrar respuestas de la otra persona. Ello, se efectuará con la ayuda del mediador quien, de modo responsable, merituará esta posibilidad, a los fines de que el encuentro resulte positivo para las partes, evitando que se produzcan situaciones agraviantes que generen la revictimización de las partes involucradas.

Inducir a la toma de conciencia de cada una de las partes sobre los efectos del conflicto del que son protagonistas. Ello implica que ambas partes logren comprender razones y móviles de su accionar y el grado de responsabilidad que a cada una de ellas le corresponde dentro del conflicto en el que están involucradas.

³¹ En este sentido, el artículo 19 de la Ley N° 4989 establece que “Cumplido el acuerdo, el Juez de Primera Instancia resolverá la insubsistencia de la pretensión punitiva del Estado, disponiendo la extinción de la acción penal”.

³² Cfr. Diez Francisco y Gachi Tapia, “Herramientas para trabajar en mediación” Paidós, Buenos Aires, 2000, pág. 135 y ss.

³³ Highton, Elena I., Alvarez, Gladys S., “Mediación para resolver conflictos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pág..231.

Integrar la percepción que la otra parte posee sobre el conflicto. **Estimular** el intercambio de explicaciones que cada una de las partes pueda realizar sobre los acontecimientos, permitirá que ellas comprendan el significado de la situación a la que han arribado. **Estimular** la búsqueda de soluciones conjuntas y completas. Este procedimiento tiende al encuentro de posibles soluciones, pensadas y meditadas por las mismas partes involucradas, que permitan resolver el conflicto del que son protagonistas.

La Política Criminal, es un sector de las políticas que se desarrollan en una sociedad, predominantemente desde el Estado.

La diversificación de la respuesta estatal frente al delito, que suponen el procedimiento de la mediación, implica, la reparación del daño causado y la mínima intervención estatal, entendida como tal la reducción del accionar del Estado, toda vez que sea posible utilizar mecanismos alternativos para la solución de un conflicto penal, manteniendo así la pretensión punitiva del Estado como última ratio, si fracasare el intento conciliatorio de las partes directamente involucradas.

El modelo penal, desde la confiscación irreversible del conflicto (del derecho de la víctima) y de consiguiente exclusión del sujeto pasivo del protagonismo procesal, reemplazado por un funcionario que dice representar los intereses del soberano o por el mismo juez, no es un modelo de solución de conflictos, sino de ejercicio del poder. La agencia judicial puede decidir en los conflictos que le llegan por selección de las otras agencias, pero no puede solucionar (resolver) esos conflictos.

Expresa Neuman³⁴, que *“...son muchos los derechos humanos que se pierden además de la libertad: la dignidad, la privacidad, el trabajo y otros. La vía aparece como agotada y, al menos mediante esta forma de control social-insitucional, poco quedaría por hacer para el logro de la ansiada y aún sostenida readaptación”*.

³⁴ Neuman Elías, “Mediación penal”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, pág. 41.

En este sentido sostiene Baratta³⁵ que “*Sostituire in parte el derecho punitivo por el derecho restitutivo, otorgar a la víctima y, más en general, a ambas partes de los conflictos interindividuales, mayores prerrogativas, de manera que puedan estar en condiciones de restablecer el contacto perturbado por el delito, asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas, son algunas de las más importantes indicaciones para la realización de un derecho penal de mínima intervención y para lograr disminuir los costos sociales de la pena.*”

En la misma línea Neuman, expresa que “La premisa generatriz es corta pero amplia en el sentido innovador que invoca: acudir al derecho penal y a la pena en sí en caso extremo y como última ratio”.³⁶

El presente planteo tiende a buscar la utilización alternativa de procedimientos posibles, permitiendo un mayor protagonismo de la víctima y un tratamiento alternativo al penal, frente a determinadas conductas delictivas.

Por lo tanto se enmarca en el modelo de Justicia Restaurativa, que supone desechar el culto arcaico de la represión y buscar otras respuestas alternativas, en donde las partes involucradas en un conflicto resulten protagonistas en la solución del mismo

Este modo de justicia centrado en la reparación del daño y la restauración de las relaciones interpersonales y comunitarias, es una alternativa interesante, creativa y constructiva que intenta restablecer el vínculo social quebrado por el acto trasgresor de la ley. Hasta cierto punto, es un esfuerzo por llegar a una situación similar a la que se tenía antes de la vulneración de la ley, antes de afectar a la víctima y a la comunidad.

Señala Prunotto Laborde³⁷, que *la Justicia restaurativa “...constituye... un nuevo paradigma en cuanto a la forma de enfrentar al delito desde la perspectiva de la víctima, del infractor y de la comunidad”*.

³⁵ Baratta, Alessandro “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, Doctrina penal, Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 637.

³⁶ Neuman Elías “Mediación y conciliación penal”, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 40.

³⁷ Prunotto Laborde; Adolfo “Mediación penal”, Editorial Juris, Rosario, 2006, pág. 48.

Dicha justicia, asienta en: La responsabilidad del autor, la restauración de la víctima. A diferencia de la justicia retributiva, en la cual la vulneración a la ley y el castigo consecuente constituyen el eje central, la justicia restaurativa se centra en las consecuencias que el delito ha supuesto para una persona en concreto y la necesidad de repararlo. Busca, pues, que el ofensor se haga responsable de las consecuencias de su acto, procurando que en el encuentro con la víctima haya una reconciliación basada en la reparación del daño; y busca también que se restituya el vínculo social, procurando la reintegración del infractor en la comunidad, fortaleciendo así el sentimiento de seguridad quebrantado. Asimismo, la justicia restaurativa no se limita sólo a la reparación material, sino que busca, sobre todo, la reparación simbólica. Esto es, la restauración de los lazos comunitarios, víctima-ofensor-comunidad.

El procedimiento de mediación podría aplicarse en diferentes institutos, los cuales se caracterizan por compartir el hecho que las partes involucradas en el conflicto poseen cierto protagonismo en la resolución del mismo.

Estos institutos están previstos en nuestro ordenamiento jurídico penal. Los mismos, serían: 1- Suspensión del Juicio a Prueba -conocido también como Probation³⁸, 2- Juicio Abreviado³⁹, 3- procedimiento de Querrela⁴⁰, 4- delitos

³⁸ Este instituto ha sido definido por Marino de la siguiente manera: *“La suspensión del procedimiento a prueba es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico-penales posteriores. Si se transgrede o cumple insatisfactoriamente la prueba, el tribunal, previa audiencia en la que interviene el imputado, tiene la facultad de revocar la medida y retornar la persecución penal contra él.”* Ya que escapa a la temática planteada en este trabajo no se hará mención a la discusión doctrinaria planteada sobre las diferentes interpretaciones -restringida o amplia, - referidas a los tipos de delitos para los que procede este instituto. Aunque sí se mencionará que se comparte la postura de la tesis amplia. En este sentido, confrontar Battola, ob. cit., pág. 88 y ss.

³⁹ Art. 415, Cap. II Juicio Abreviado, Título II: Procedimiento Especiales, Libro Tercero: Juicios y Procedimientos Especiales del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba.

⁴⁰ Art. 424 y ss., Cap. IV: Juicio por Delito de Acción Privada, Título II: Procedimientos Especiales del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. El Código Procesal Penal de la

contra la integridad sexual, 5- Infracción a la Ley N° 23.737 -Delitos de tenencia de estupefacientes para consumo personal-, 6-Infracción a la Ley N° 24.769 Delitos tributarios.⁴¹

Estos procedimientos, forman parte de un cambio de paradigma en el actual orden jurídico penal, en razón que posibilitan la reconciliación, el acercamiento entre las partes y en especial la restitución del conflicto penal a sus protagonistas⁴², a fin que intervengan de manera activa en pos de solucionar la controversia generada por el delito.⁴³

En virtud que la finalidad de estos procedimientos converge hacia una diversificación de la respuesta estatal ante el delito, acordándole a la víctima o damnificado un rol más trascendente en la individualización de tal respuesta, es que se señala la conveniencia de la utilización del procedimiento de mediación.

6- El procedimiento de mediación en nuestro ordenamiento jurídico.

Nación regula este procedimiento en el art. 415 y ss., Cap. 3: Juicio por delito de acción privada, Título : Juicios especiales.

⁴¹ Sobre el análisis de estas figuras y la posibilidad de utilizar en ellas el procedimiento de mediación cfr. Battola “La mediación en conflictos penales. Su aplicación en la suspensión del juicio a prueba (probation)” en *Ley, Razón y Justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año 7, N° 10, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2006, pág. 97 y ss.

⁴² Esta transformación supone lo que se ha dado en llamar “la estrategia de `re-apropiación` de los conflictos, que justamente propugna la sustitución de la intervención penal por alternativas de derecho restitutivo y de mediaciones entre partes que intenten alguna forma de compensación, pero también de reconciliación” Cfr. Devoto, Eleonora A. “*Expropiación del conflicto, reparación del daño causado y probation*”, en cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Ad-hoc, Buenos Aires, n° 4-5, 1997, pág. 434. Tal “reapropiación del conflicto” posibilita un acercamiento entre víctima y victimario, permitiendo que las partes adquieran protagonismo en la búsqueda de solución diferendos Battola, Karina E. “La transacción en materia penal” en *Ley, Razón y Justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año 4, N° 6, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2002, pág. 169 y ss.

⁴³ Ello implica una alternativa al sistema penal tradicional, actualmente en crisis. En este sentido cfr. Barmat, Norberto D. ob. cit., pág. 41 y ss.

A nivel nacional, el mecanismo de la Mediación ha sido regulado por la Ley N° 24.573, disponiéndose en el inciso 1° del artículo 2°, que el procedimiento de mediación obligatoria⁴⁴ no será de aplicación en el supuesto de causas penales.

Por su parte la Ley Nacional N° 24.417-Protección contra la Violencia Familiar-, en su artículo 5° prevé que se convoque a las partes a una audiencia de mediación y se inste a las mismas y a su entorno familiar a que asistan a programas educativos y terapéuticos (distinta fuente). Lo peculiar de esta normativa es que dicha convocatoria y la conducción de la audiencia no es efectuada por un mediador, tercero neutral, sino por el mismo juez de la causa, impidiéndose así la labor técnica que podría brindar un mediador profesional.

La ley provincial N° 8858, regula el procedimiento de mediación en la Provincia de Córdoba⁴⁵.

El procedimiento de “Mediación en Conflictos Penales” ha sido regulado de manera específica en la provincia de Río Negro, a través de la Ley N° 3987. En su artículo 1, se establece el procedimiento de mediación para aquellos delitos de instancia privada cuya pena máxima sea de 15 años de prisión, excepto si la víctima es menor de 16 años; y para los delitos de acción pública cuya pena máxima sea de 15 años de prisión.

Por su parte la Provincia de Buenos Aires, sancionó la ley de “Mediación Penal. Régimen de resolución alternativa de conflictos penales”, bajo el N° 13.433, que en su artículo 6 establece el mecanismo de la mediación para causas correccionales, familia, vecindad, patrimoniales y para aquellos delitos cuya escala penal prevea una pena máxima de 6 años de prisión.

⁴⁴ Prevista en el artículo 1° Ley N° 24573 el cual establece “Instituyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia”.

⁴⁵ Esta ley no sigue el modelo de mediación prejudicial obligatoria, como lo establece la Ley Nacional de Mediación N° 24.573, por lo cual se diferencia de la misma. La Ley N° 8858 de la Provincia de Córdoba distingue la mediación judicial de la extra-judicial. En este sentido el procedimiento de mediación puede ser útil para auxiliar la labor judicial, pero además es un método de pacificación social que abre el abanico de posibilidades para la solución de los conflictos de los particulares. El artículo 2° de la ley provincial establece una excepción a esta característica de voluntariedad, al disponer sólo para determinados casos, la *concurrencia* obligatoria (y no la necesidad de que las partes lleguen a un acuerdo) a la 1° audiencia de mediación en sede judicial.

En el caso de la provincia del Chaco⁴⁶, la ley N° 4989, establece la mediación en conflictos penales en esa provincia⁴⁷. El artículo 4° de dicha ley dispone que “La mediación podrá proceder especialmente en aquellos hechos delictivos que prevean una escala penal máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, como así de inhabilitación o multa. También podrá aplicarse en aquellos hechos previstos como contravenciones.”.

Así, estas tres últimas provincias poseen un régimen específico sobre mediación en conflictos penales.

Sin embargo, puede señalarse la utilización del procedimiento de mediación en cuestiones de índole penal, como son los casos de violencia familiar o mediación penal juvenil.

En este sentido, las Provincias de Tucumán⁴⁸ -Ley N° 6346-, Catamarca – Ley N° 4943, Decreto N° 613⁴⁹-, La Rioja –Ley N° 6580-, Santiago del Estero⁵⁰ – Ley N° 6308⁵¹-, Misiones –Ley N° 4405-, Corrientes⁵² -Ley N° 5019⁵³-, Entre Ríos⁵⁴ –Ley N° 9198⁵⁵, San Luis –Ley N° 5142⁵⁶-, Mendoza –Ley N° 6672⁵⁷, Chubut⁵⁸ –Ley N° 4118⁵⁹-, Tierra del Fuego –Ley N° 39⁶⁰, Santa Fé⁶¹ – Ley N°

⁴⁶ La Ley N° 6051 prevé el régimen de mediación en general.

⁴⁷ Ley N° 4989, BO 14/01/2002.

⁴⁸ La Ley N° 7844 prevé el régimen de mediación en general.

⁴⁹ BO 13/05/1998.

⁵⁰ La Ley N° 6452 prevé el régimen de mediación en general.

⁵¹ BO 16/07/1996.

⁵² La Ley N° 5487 prevé el régimen de mediación en general.

⁵³ Octubre de 1995.

⁵⁴ No posee ley de mediación pero cuenta con un servicio de mediación dentro del Poder Judicial. Cabe destacar que la Provincia de Entre Ríos ha reformado en octubre de 2008 su Constitución Provincial estableciendo su Artículo 65: La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos, en todo procedimiento administrativo o proceso judicial. El principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad deben regir los actos de los poderes públicos.

Los actos de autoridad, las sentencias judiciales y los actos administrativos serán fundados suficientemente y decididos en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

Se promueve la utilización, difusión y desarrollo de las instancias no adversariales de resolución de conflictos, especialmente a través de la mediación, negociación, conciliación, facilitación y arbitraje.

⁵⁵ BO 26/12/1999.

⁵⁶ BO 14/09/1998.

⁵⁷ BO 07/05/1999.

⁵⁸ La Ley N° 4939 prevé el régimen de mediación en general.

11529-, Salta⁶² Ley N° 7403, establecen el procedimiento de mediación para casos de violencia familiar en los respectivos ordenamientos normativos señalados precedentemente.

Siguiendo notas periodísticas recientes podemos ver que El 10 de febrero próximo se pondrá en marcha el nuevo Sistema Procesal Penal en la provincia de Santa Fe⁶³.

El 11 de noviembre pasado el gobernador Antonio Bonfatti anunció formalmente, en la capital provincial, que el 10 de febrero de 2014 entrará en vigencia el nuevo Sistema Procesal Penal en Santa Fe. “Se trata de un cambio histórico que contribuye a una mayor calidad institucional porque implica participación, publicidad, agilidad y transparencia”, indicaron desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el órgano de implementación de la reforma desde el comienzo.

La aplicación integral del nuevo sistema que una comisión técnica empezó a elaborar en 1992 significa “una reparación histórica, ya que pone al día a la provincia en materia procesal penal tras años de atraso, y satisface el anhelo de amplios sectores de la población que luchan por una justicia más accesible, especialmente para los más vulnerables”, indicaron desde el Ministerio.

En 2006, la comisión reformadora integrada por los tres poderes del Estado, los cinco Colegios de Abogados, el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial, el Colegio de Procuradores, la facultad de Derecho (pública y privada) y los Sindicatos del Poder Judicial dieron origen a un proyecto del Código Procesal Penal. La iniciativa fue tratada por ambas cámaras (Senadores y Diputados) que el 31 de agosto de 2007 sancionaron la ley 12.734 correspondiente al Nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe.

⁵⁹ BO 15/08/1995.

⁶⁰ Esta ley constituye una creación de un procedimiento judicial especial para la protección a las Víctimas; BO. 14/10/1992.

⁶¹ La Ley N° 11622 prevé el régimen de mediación en general.

⁶² La Ley N° 7324 prevé el régimen de mediación en general.

⁶³ Extraído de Rosario3.Nuevo Sistema Procesal Penal. Antes y después en la Justicia Santafesina. Nota disponible en: www.rosario3.com. Última consulta 19 de noviembre del 2013.

El presente informe contiene las claves del nuevo sistema que promete acercar la administración de Justicia a la gente y plantea un cambio radical en el enjuiciamiento criminal.

7- Consideraciones Finales

A través del desarrollo de este primer capítulo podemos destacar la mediación como facilitadora de los procesos de comunicación creando condiciones favorables para que la gente pueda resolver sus desacuerdos, construyendo realidades alternativas a las posiciones rígidas individuales. También favorece simultáneamente la participación, la legitimación de cada uno, otorga una voz a las partes en conflictos, les permite hablar, ser escuchadas y reconocidas por el otro, explorar múltiples perspectivas y por sobre todo favorece la coexistencia pacífica.

Considero que la Mediación surge como necesidad de dar una respuesta diferente tanto a los grandes conflictos, como a los conflictos cotidianos, posicionando al hombre como capaz de comunicarse, de compartir, de decidir, participando de una manera activa y responsable en el mundo en que vive.

La instauración del instituto de la Mediación Penal plantea diversos retos tendientes a superar las viejas estructuras y dotarlas de un sentido renovado.

Entre los múltiples desafíos que intenta implementar el instituto de la Mediación para los Procesos Conflictivos derivados de hechos delictivos se halla, sin lugar a dudas, la oportunidad que implica el reencuentro, en una mesa de diálogo, de los agentes sociales comprometidos en el conflicto.

Valoro posible el paradigma de la justicia penal restaurativa basado en el abordaje interdisciplinario del conflicto, la reparación de los daños causados a la víctima, la responsabilización del autor del hecho y la posterior reintegración al tejido social de un modo más positivo para él y la comunidad.

Luego de haber desarrollado la Mediación Penal, trataré en el próximo capítulo Los Sistemas de Reacciones Penales.

Capítulo II

LOS SISTEMAS DE REACCIONES PENALES.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los instrumentos de que dispone el derecho penal. 3. La pena. 4. Las Teorías de la pena. 4.1. Las Teorías Absolutas. 4.2. Las Teorías Relativas. 4.3. Las Teorías Mixtas. 5. La Medida de Seguridad. 5.1. Diferencia entre penas y medidas de seguridad. 5.2. El Sistema Vicarial. 5.3. Legitimidad de las Medidas de Seguridad. 5.4. El Principio de Proporcionalidad. 5.5. Medidas de Seguridad Criminales y Administrativas. 6. La reparación como tercera vía. 6.1. La reparación de la víctima. 6.2. Objeciones que se formulan a la tercera vía. 7. Consideraciones Finales.

1- Introducción

Para seguir un hilo conductor que en el presente trabajo, vamos a desarrollar en este capítulo los Sistemas de Reacciones Penales. Considerando entre ellos los instrumentos de que dispone el Derecho penal como reacción frente al delito.

De esta manera se realiza una reseña de la pena, con las teorías más significativas, las medidas de seguridad, y la reparación como tercer vía, tratando la revalorización de la víctima, la reparación y los fines de la pena y las objeciones a esta tercer vía.

2- Los instrumentos de que dispone el derecho penal

En palabras de Rigui, *“el principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena, la que concreta una restricción de derechos al responsable, en virtud de una decisión impuesta en forma coactiva por los órganos competentes de control social.”*⁶⁴

Pero se considera que dentro de las exigencias de la política criminal, la pena no resulta ser la herramienta mas precisa, si nos abocamos al orden jurídico este prevé las llamadas medidas de seguridad. A través de las mismas se intenta eliminar aquellas situaciones en las cuáles no es necesario utilizar las penas.

El Sistema de Reacciones penales se integra con estos dos mecanismos. En este caso se trata de un modelo dualista, que está integrado por las penas y las medidas de seguridad, obviamente considerando que existen grandes diferencias entre las mismas.

Todos sabemos que se intenta hace tiempo revalorizar el rol de la víctima, tomando como ejemplos casos del derecho comparado, los cuáles admiten la reparación del daño, es decir lo que se supone en este caso adoptar una tercera vía dentro del ámbito jurídico del delito.

Por lo tanto dentro de este capítulo reflexionaremos acerca de la Pena, las teorías, las medidas de seguridad y la reparación como tercera vía.

⁶⁴ Rigui, E: Teoría de la Pena. Editorial Hammurabi SRL. Bs.As. 2001. pag 17.

3- La Pena

Según la Real Academia Española, define a la Pena⁶⁵ como: Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o faltas la que se impone según ley, como inherente, en ciertos casos, a la principal. Aquí se hace referencia a la definición de la Real Academia referente a lo que dice de Pena en Derecho.

Comúnmente se entiende a la Pena *como un mal que se impone a quienes han cometido un delito*. Desde este punto de vista se la considera como una reacción contra quienes atacan a la sociedad. Este concepto ya era conocido *desde la época de Ulpiano*⁶⁶ para quién la pena es “la venganza de un delito”

Von Liszt⁶⁷ define a la pena 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*”.

Maggiore⁶⁸ la define como “un mal conminado e infligido al reo dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito para integrar el orden jurídico injuriado”.

Al tratar el problema de la pena y de su fundamento es necesario citar a Antón Oneca quién afirmaba: “*Que el Estado se atribuya el derecho de privar a sus súbditos de la vida, honor, libertad y patrimonio, es hecho impresionante que desde tiempos antiguos preocupó a los pensadores. ¿Cómo se justifica este temible poder? ¿Para qué sirve la pena? ¿Es realmente tan eficaz como se cree?*”⁶⁹

⁶⁶ Diccionario de la Real Academia Española. 22º Edición.

⁶⁷Ulpiano. Fontán Balestra. Derecho Penal. Introducción y parte general. Abeledo - Perrot. Décimo sexta edición. 1998

⁶⁸ Tratado T.III, 58,1.

⁶⁹ Derecho Penal, Vol II, Pág 263.

⁷⁰ Oneca, A. Caminos hacia la abolición de la pena. 1899. Martínez Ruiz Azorín (La sociología criminal, pág 205)

Siguiendo a Antón Oneca, nos dice que para resolver esta cuestión se dieron dos respuestas que son las que ven en la pena un problema de prevención y miran hacia el futuro, llamada prevención especial, o la que busca que la sanción sirva de ejemplo a la sociedad para sean que las personas en general las que eviten la contrariedad a las normas o el ataque a bienes jurídicos valiosos. Y por otro lado están las posiciones que ven sólo el hecho en la perspectiva del pasado e intentan explicar la pena desde esa perspectiva.

4- Teorías de la Pena

Estas teorías expresan los puntos de vista que se encuentran vinculados en forma directa a las concepciones sobre la legitimidad del ius puniendi. Existen varias teorías de la pena, pero es destacable mencionar las descritas por Zaffaroni:

4.1- Las teorías Absolutas tienen su origen en Kant y Hegel, algunas de sus principales proposiciones mantienen actualidad en el derecho penal contemporáneo⁷⁰.

Esta teoría al rechazar que la pena sea instrumento de motivación, sostiene que el destinatario de la norma es el propio Estado⁷¹ quién debe castigar al culpable que cometió el delito.

Se la denomina absoluta porque agota el fin de la pena en la retribución, según Kant, como un imperativo que emerge de la justicia. La pena niega el delito restableciendo el derecho.⁷²

Acerca de los efectos preventivos se aclara que ellos no son el fin buscado. Esta teoría lleva a imponer penas que son inútiles, su fin está vinculado al delito cometido y no a evitar hechos futuros.

4.2- Las teorías relativas

En estas teorías, la pena se la considera como un mecanismo para impedir el delito.

⁷⁰ Rigui- Fernández, Derecho penal, pág 43, Bacigalupo, Derecho penal. Parte General, 2º edición, pág 31.

⁷¹ Meyer, Normas Jurídicas y normas de cultura., pág 45 y sig.

⁷² Roxin, Iniciación al derecho penal de hoy. Pág 34; Lesch, La función de la pena, pág 11.

Dentro de estas teorías encontramos la teoría de **prevención general**, tiene su origen en Feurbach⁷³, para él la pena es una amenaza que a través de las leyes actúa en la colectividad para impedir el peligro de la delincuencia que se encuentra latente dentro de la misma. Se trata de prevenir actos de criminalidad.

Respecto a la teoría relativa de prevención especial, como sus palabras lo dicen trata de prevenir la reincidencia del imputado.

No se trata aquí la desobediencia a la norma, sino el trato del autor, por ello podemos ver que Liszt⁷⁴ clasifica los delincuentes a través de la eficacia de la incriminación, exigiendo que la misma se adapte a cada sujeto, según la personalidad de cada persona sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva.

4.3- Las teorías Mixtas, las mismas sostienen que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas teóricas antes mencionadas, y proponen teorías multidisciplinarias que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones previas. Dentro de estas teorías se destacan autores como Roxin.

Otros autores como Rigui –Fernández⁷⁵ admiten que la teoría de mayor incidencia durante la ejecución debe ser la prevención especial, ya que los sistemas penitenciarios están orientados a lograr readaptar socialmente al imputado.

En palabras de Roxin, *la propuesta de unir finalidades preventivas, están basadas en que las normas penales solo se justifican cuando están destinadas a proteger la libertad individual, o el orden social, por lo que la pena debe seguir en forma simultánea fines preventivos generales y preventivos especiales*⁷⁶.

⁷³ Feuerbach. Tratado de derecho penal. Pág 58 y sig.

⁷⁴ Liszt, Tratado de derecho penal, t. II, pag 10

⁷⁵ Rigui- Fernández. Derecho Penal, Pág 57

⁷⁶ Roxin, Derecho penal. Parte General. T.1, pág 96

Ahora bien es necesario aclarar que obtener en forma simultánea esos fines no motiva la imposición de penas en todos los casos, ya que la pena continúa siendo legítima aún cuando se base en uno solo de estos componentes.

5- La Medida de Seguridad

Las medidas de seguridad, en un principio formaron parte de las múltiples manifestaciones de la solución de compromiso que se llegó a consecuencia del proceso que se conoce como lucha de escuelas, que fue protagonizado por aquellos partidarios de la teoría de la retribución y los que eran defensores de la prevención especial.

En este caso los sistemas normativos adoptaron un sistema dualista de reacciones penales, teniendo como antecedente según la doctrina el Anteproyecto del Código penal suizo de 1883, poniendo a disposición del estado una doble vía:

a- La pena concebida y sistematizada según pautas de un criterio retributivo de responsabilidad por el hecho

b- Siguiendo a Liszt, la medida de seguridad, al responder a puntos de vistas preventivos- especiales focalizaba su preocupación en el autor.

De esta manera fue necesario que las medidas de seguridad den respuesta a problemas de política criminal, que la pena no podía resolver, dadas sus limitaciones que derivaban de su fundamentación basadas en las teorías absolutas.

Por lo tanto la “medida” se destinó a procurar la prevención social.

5.1- Diferencias entre penas y medida de seguridad

Podemos ver que un criterio de diferencia tradicional entre estos dos instrumentos a disposición del Estado, parte de: mientras la pena tiene contenido expiatorio, la medida de seguridad concreta una privación de derechos que persigue una finalidad titular que por lo mismo, no dispone sufrimiento al destinatario.⁷⁷

Considerando que la medida es la consecuencia de un estado peligroso, no tiene término preciso de finalización como es la pena. Tiene una duración indeterminada.

⁷⁷ Rigui. Teoría de la Pena. Op cit

Cuando desaparece la situación de peligro, ahí puede cesar la medida, es decir cuando el sujeto que la soporta esté resocializado.

Como se puede ver la diferencia se cuestiona respecto de las penas que desarrollaron criterios preventivos especiales, generando un desplazamiento del fin expiatorio y proponiendo tratamientos orientados a la readaptación del imputado.

También hay que destacar que resulta insostenible la afirmación de que la imposición de una medida no supone sufrimiento a quien la padece, debiendo considerarse que en la práctica, es muy precaria la diferencia que existe entre las modalidades de ejecución de ambas reacciones penales.

En todo esto existe una sugerencia político criminal que aconseja abandonar la indeterminación para las medidas de seguridad, procurando enmarcarlas en pautas de proporcionalidad. Los plazos máximos de duración para las mismas, surgen como una necesidad para establecer límites que impidan su prolongación arbitraria ⁷⁸

Viéndolo de esta manera, parece que el criterio único posible de diferenciación estaba dentro de los diversos presupuestos que en cada caso condicionan la intervención del Estado, pues la pena debe estar condicionada a la comisión de un hecho antijurídico, y a la culpabilidad del autor; mientras que la medida de seguridad sería consecuencia de la peligrosidad puesta de manifiesto por una persona incapaz de culpabilidad.

Esto presentaba la ventaja de considerar un sistema dualista en el que cada reacción está reservada para destinatarios distintos, de esta manera la pena jamás puede ser impuesta a un incapaz. A la inversa, no debe considerarse legítimo imponer una medida de seguridad a una persona capaz de ser culpable.

El “dualismo” postula que pena y medida de seguridad responden a exigencias diferentes que hacen imposible su unificación, la consecuencia no fue que cada reacción –pena y medida- fuera prevista para distintos destinatarios, pues se admitió que ambas pudieran aplicarse acumulativamente al mismo sujeto, sólo que dando a la pena preferente ejecución.

⁷⁸ Aún quienes admiten que el fin de la pena y de las medidas de seguridad no infliere en esencia sino en su limitación, de todos modos sostienen que como la medida no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, su imposición admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena. Roxin, Derecho Penal. Parte general, t. I, p. 105.

El sistema dualista supuso entonces la acumulación de pena y medida de seguridad, con prioridad ejecutiva de la pena, lo que fue justificado en la necesidad de satisfacer primero la exigencia de justicia, restableciendo antes que nada el orden social perturbado.

Resulta claro de ver que en la ejecución de pena y medida de seguridad, un sujeto puede ser condenado a cumplir primero una pena privativa de libertad durante la que se ensayará un “tratamiento” en función de pautas de prevención especial, que luego continuará pues además se le ha impuesto una medida de seguridad, que en la mayoría de los casos será ineficaz o contraproducente como consecuencia del tiempo transcurrido.

En la práctica resulta imposible distinguir la aplicación de la pena y de la medida de seguridad ya que en ambos existe privación de libertad.

5.2- El Sistema vicarial

De su aplicación conjunta la doctrina distingue:

- La pena como la reacción presuponiendo la culpabilidad del autor.
- La medida de seguridad como un supuesto de peligrosidad duradera por parte del autor.

Siguiendo a Jescheck⁷⁹, el autor nos dice que *“el sistema de doble vía no se orientó para distinguir si el destinatario es o no capaz de culpabilidad, sino por otro que prevé penas para los culpables y medidas de seguridad para los sujetos que sean declarados peligrosos, sean o no culpables superponiéndose ambos instrumentos”*

Este sistema permite aplicar en primer término la medida de seguridad, teniendo presente la ejecución de la pena y atendiendo:

a- la ejecución de la pena en función de la culpabilidad del hecho puede ser sustituida por la medida de seguridad.

b- Cumplida la medida de seguridad, el tiempo de la misma es computado para el cumplimiento de la pena, en este caso el juez puede optar en ordenar que se

⁷⁹ Jescheck, Tratado de derecho penal. Parte General. Pág 74 y sig. Bacigalupo, Derecho penal.

cumpla el tiempo restante o resolver la emisión condicional, atendiendo a la conducta del sujeto y a las exigencias del medio social.

La aplicación del principio vicarial se da especialmente frente a la imposición de penas privativas de libertad que concurren con medidas de seguridad de la misma naturaleza.

Este principio presentó objeciones relacionadas con la inseguridad que genera porque pospone decisiones judiciales y confunde la pena con la medida de seguridad al aplicarlas como sanciones intercambiables.

Esto genera una duplicidad de restricciones que no difiere de un doble castigo poniendo en juicio las bases en las que se elaboró este sistema de doble vía⁸⁰, atendiendo a:

a- que las medidas de seguridad suponen privación de libertad, carecen de protección ya que al no estar relacionadas con la culpabilidad sino con la peligrosidad permiten intervenciones graves que las penas de larga duración.

b- Las objeciones son mayores al admitir medidas que no se cumplen en hospitales adecuados, y sujetándose a modalidades de ejecución penitenciaria, de esta manera es poco probable distinguirlas de la pena, por su condición de igualdad.

Resulta necesario descartar que se imponga al sujeto además de la pena que le corresponde, una medida de seguridad al considerar que su peligrosidad es mayor a su culpabilidad.

Es decir que si se impone una pena al responsable de un delito no resulta legítimo que el Estado reaccione más allá de lo que corresponde por el delito.

“La diferencia entre pena y medida de seguridad no radica en su carácter aflictivo, sino que obliga a considerar hasta que punto son de aplicación a las medidas de seguridad las normas constitucionales que condicionan la imposición de penas por parte del Estado”⁸¹.

⁸⁰ Jescheck, op cit. Pág 76.

⁸¹ Rigui, Teoría de la pena. Op cit. Pag. 60

En el caso de que el poder público pretenda condicionar los derechos de un sujeto está ejerciendo el ius puniendi.

Es dificultoso dar una definición correcta de las medidas de seguridad para distinguirlas de las penas ya que se trata de medidas coactivas y su efecto es una privación o restricción de derechos, siendo inevitable admitir el padecimiento de quien la soporta.

5.3- Legitimidad de la Medida de Seguridad

Las razones de utilidad social que dan una explicación acerca de adoptar el sistema de doble vía están vinculadas con las teorías preventivas que manifiestan la imposibilidad de dar un fundamento sobre la legitimidad que el Estado las utilice.

Se sostuvo la necesidad de limitarlas, dando como ejemplo de que “aunque sea conveniente castrar a un hombre que tenga por hábito la violación de mujeres, con ello no se resuelve el problema de si al Estado le es permitido actuar de esa manera”⁸²

El autor tratado dice que se supuso que las medidas de seguridad, deberían servir de base el principio ético social general, de que sólo puede participar en forma íntegra de la vida en comunidad el que se deja dirigir por sus normas, por lo que quien como el enfermo mental no es capaz de autodeterminarse por carecer de libertad interior, no puede pretender una total libertad social.⁸³

No obstante la doctrina no siguió ese punto de vista, pues les da a las medidas un carácter preventivo especial para combatir con intervenciones terapéuticas que aseguren o eliminen la peligrosidad del sujeto para el futuro.

La “prevención general positiva”, al describir el derecho vigente establece una diferenciación según se trate de medidas “complementarias” de la pena que se imponen a sujetos culpables, de las que se imponen en lugar de la pena.⁸⁴

⁸² Welzel, Derecho penal alemán. Parte general. Pág 288

⁸³ Welzel, op cit.

⁸⁴ Jakobs, Derecho penal. Parte general, pág 40

Todo demuestra que no debe estimarse legítimo que el sistema de reacciones permita la aplicación de manera conjunta de penas y medidas de seguridad, ni siquiera bajo las modalidades de la solución de compromiso que representa la adopción del sistema vicariante. La medida de seguridad criminal debe estar reservada a adultos inimputables y menores infractores, como sucede en el derecho argentino con la reclusión por tiempo indeterminado prevista para el homicidio calificado.⁸⁵

Las normas constitucionales que garantizan al ciudadano, cuando en su contra se formulan pretensiones punitivas de cualquier naturaleza, resultan aplicables a los casos en que el Estado pretende imponer medidas de seguridad. Por lo mismo, es incompatible con la idea del estado de derecho, un sistema de reacciones penales que consagre “medidas de seguridad predelictuales”, como ocurre entre nosotros con la regla que establece el “régimen penal de la minoridad”.⁸⁶

De esta manera la medida de seguridad sería reservada para sujetos que realizaron un delito porque son incapaces. Por lo que, si la infracción a la norma no es consecuencia de la situación en que se encontraba el sujeto en el momento del hecho, no existe base suficiente para imponer una medida.

Debe considerarse que el Estado carece de legitimidad para imponer una medida de seguridad tanto a inimputables como a menores infractores, en los casos en que concurre una circunstancia que eximiría la pena a un imputable adulto.

5.4- El Principio de Proporcionalidad

Incorporar pautas de proporcionalidad a las medidas de seguridad, resulta ser un criterio uniforme dentro de la doctrina contemporánea⁸⁷, aunque se afirme que “es esencial que la medida no sea desproporcionada con relación a la importancia del hecho cometido por el autor”, se destaca también los que pudiera

⁸⁵ Arts.52 y 80 del Código Penal.

⁸⁶ Contenida en el párrafo 3º del art.2º de la ley 22.278

⁸⁷ Pese a ser apreciada por Jakobs como de “vaga formulación”, influyó en derecho comparado la regla del §62 del Código Penal Alemán (st, GB), sin que puedan obtenerse mayores precisiones desde su fundamentación desde las medidas en el marco de la prevención general positiva, cfr. Derecho penal. Parte General, p. 42.

cometer, e inclusive el grado de peligro que él mismo representa.⁸⁸ Así como la medición de la pena están limitadas por el principio de culpabilidad, la disposición de una medida sólo es admitida en tanto las cargas que a ella se vinculan no se encuentren fuera de toda relación con el peligro que represente el autor⁸⁹.

“Al vincular el principio de proporcionalidad con exigencias relacionadas a la idea del estado de derecho, se agrega que su validez se deduce ya “de la prohibición de excesos vigentes en el estado de derecho”⁹⁰. Se reconoce que dicho axioma asume frente a las medidas la misma función protectora que en la pena cumple, más radicalmente, el principio de culpabilidad”⁹¹.

Siguiendo a Roxin⁹², “el principio de proporcionalidad surge de la idea del estado de derecho, y por lo tanto tiene un rango jurídico constitucional, al relacionarlo con el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición del exceso, los daños y peligros que parten del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivos en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que conllevaría para el implicado”

Por lo anterior, podemos decir que carecen de legitimidad las reglas de derecho positivo argentino según las cuales las medidas de seguridad son de plazo indefinido.

Los argumentos que fundamentan la “indeterminación” de las medidas, en la dificultad para predecir la evolución de tratamientos que en buena medida dependen de la conformidad y colaboración de los destinatarios, son oportunas al menos dos reflexiones:⁹³

a. La medida postdelictual supone la realización de un hecho previo, que de haber sido cometido por una persona capaz tendría adjudicada una escala penal, la que prevé un plazo máximo de duración. Lo razonable es al menos

⁸⁸ Maurach- Góssel_Zipf. Derecho penal. Parte general. T2 . pág 865

⁸⁹ Ibídem cita anterior

⁹⁰ Jescheck, Op cit. Pág 75

⁹¹ Ibídem. Pág 75

⁹² Roxin, Derecho penal. Op cit. Pág 106

⁹³ Zaffaroni, Tratado de Derecho penal. Parte General, t.V, pág 467, para quién “no es justificable desde ningún punto de vista que una medida asistencial y administrativa resulte más lesiva de bienes jurídicos que la medida máxima de la reacción penal que hubiese tenido lugar en caso de delito”

limitar la medida, para el supuesto de realización del hecho por un incapaz, al plazo máximo contemplado en la escala penal respectiva.

b. La medida máxima prevista en la ley, determina la más grave reacción que el Estado puede legítimamente utilizar como reacción por el comportamiento del destinatario. Toda consecuencia jurídica que supone dicho plazo no constituye una reacción por el hecho, sino por motivos diversos. En el caso de incapaces de culpabilidad, es evidente que más allá del plazo máximo aludido, el Estado no está restringiendo derechos por lo que el sujeto hizo, sino por lo que “es”, o sea, por ser incapaz.

5.5- Medidas de Seguridad Criminales y Administrativas

Como podemos ver, Rigui, dice que no existen diferencias entre medidas criminales y administrativas, en algunos casos se propone tener presente el Estado quién compete para su imposición y en otros casos se deja de lado la magnitud acerca de la restricción de derechos, mientras que hay quienes estiman que las mismas están condicionadas por distintos presupuestos. El punto de vista que sostiene que la medida que forma parte del sistema de reacciones penales es más severa que la administrativa, resulta al proponer un criterio simplemente cuantitativo y no esencial, que no permite bases ciertas de diferenciación.

La medida es “criminal” si está supeditada a la comisión de un hecho previsto en la ley como delito y la comprobación del “estado peligroso”, siendo por el contrario “administrativa” cuando sólo resulta condicionada por una manifestación de peligrosidad predelictual.

Siguiendo a Righi, nos dice que “sostener que una medida pertenece al derecho penal cuando es aplicada por órganos jurisdiccionales, siendo en cambio administrativa cuando es de competencia de un órgano de la Administración, si bien concreta una notoria tautología constituye en la práctica el único punto seguro de orientación para poder distinguir las medidas administrativas, de las que forman parte del sistema de reacciones penales.”⁹⁴

6- La reparación, como tercera vía

⁹⁴ Rigui- Fernández. Derecho penal, pág 62

Zaffaroni, nos dice que dentro del derecho argentino, (art.29 y sig. del Código penal) la reparación de perjuicios no es una pena pública, sino una consecuencia del delito de naturaleza civil, que se resuelve dentro del proceso penal, siempre que la víctima formule la petición dentro de la oportunidad que le corresponda.⁹⁵

6.1- La reparación de la víctima

“Teniendo presente el proceso de revalorización de la víctima, se observa un interés en procurar lograr la satisfacción del interés que fue lesionado con el objetivo de obtener una reparación del daño sufrido por el delito”⁹⁶

Este objetivo exige una reforma legislativa que se va a concretar ampliando los fines de la pena, incorporando la reparación del daño al sistema de reacciones, de esta manera la inclusión de la reparación supone la posibilidad de prescindir de la pena privativa de libertad y la multa o en tal caso disminuir su incidencia.

Adoptar esta tercera vía paralelamente a la pena y a la medida de seguridad tendría fundamento ya que supone transgredir un mal al autor y por consiguiente un efecto disuasivo.

Roxin nos dice que desde la prevención general positiva este esfuerzo del autor por la reparación genera un efecto sobre la comunidad la cual encuentra tranquilizar la conciencia jurídica que fue alterada por la violación de la ley.⁹⁷

Desde la prevención especial se destaca que por esta vía el autor estimulado a enfrentar los daños ocasionados como al ofendido manifiesta una conducta socializadora.

Teniendo como punto de partida esta tercera vía , la misma ofrece ventajas político criminales considerando la propuesta de juristas alemanes que en 1992 concretaron un Proyecto Alternativo acerca de la reparación del daño de tal manera que pueda disminuir o prescindir de la pena privativa de la liberad y la multa. En este Proyecto Alternativo el alcance a la tercera vía se proyecta a

⁹⁵ Zaffaroni, Manual de derecho penal. Parte general. Pág 743.

⁹⁶ Roxin, Derecho penal. Parte general .T.I.Pág 108.

⁹⁷ Roxin, La reparación en el sistema de los fines de la pena, en De los Delitos y de las víctimas, pág 153.

delitos carentes de víctima, de tal manera que las prestaciones reparatorias se pueden concretar con prestaciones de trabajo, además prevé los casos en que se considera necesaria la aplicación de una pena privativa de libertad como consecuencia del hecho punible y neutralizar de esta manera la perturbación que se originó por el delito.

6.2- Objeciones que se formulan a la tercera vía

Se formularon algunas objeciones así Hirsch, afirma que “si el autor manifiesta reparar las consecuencias del delito a través de esfuerzos, se observa que en la medida en que está formulada como una resolución sobre la culpabilidad no constituye una consecuencia jurídica independiente que permita ser reconocida como tercera vía”⁹⁸.

Según Jakobs⁹⁹, el autor opina que viéndolo de esta manera, la medida de seguridad, la segunda, vía tampoco es una consecuencia jurídica independiente, ya que está condicionada a una decisión judicial que prescinde de la pena por razones vinculadas a la falta de culpabilidad del autor y a las exigencias preventivas, al menos en lo que respecta a las medidas sustitutivas, las únicas de considerarse compatibles respecto a la idea del estado de derecho.

Siguiendo al mismo autor, Jakobs expresa que al advertir que la reparación va a tener efectos preventivos generales y especiales y que los mismos generen en la víctima un reconocimiento superior a una pena privativa de la libertad, ello no lo fundamenta como pena, si en ese caso se reconoce que la importancia del hecho punible no se mide por la magnitud de los perjuicios que puedan ser resarcidos.

Por lo tanto ofrecer como solución al conflicto una solución que se concreta en reparaciones inmateriales, lleva a suponer una revalorización del resultado, esto no sólo entra en contradicción con aquellos que proponen fundamentaciones subjetivas del injusto, sino también con la adopción de

⁹⁸ Hirsch. “La reparación del daño en el marco del derecho penal material y acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal” en De los delitos y de las víctimas. Pág 72.

⁹⁹ Jackobs, op cit. Pág 38 y sig.

sistemas de atenuación penal que suponen admitir que el autor de una tentativa puede merecer una pena igual a la prevista para la consumación.¹⁰⁰

Resulta factible reconocer normas de derecho comparado las cuáles en base a la teoría del desistimiento, incorporan la reparación de eximición de pena en el ámbito de los delitos patrimoniales.

Los autores del Proyecto Alternativo, exigen que el autor del hecho manifieste un pronóstico favorable a través de esfuerzos, que deje expuesta su voluntad de reparar las consecuencias del delito.

Siguiendo a Roxin, opina que lo que no merece objeciones es la necesidad de evitar que la imposición de la pena se convierta en obstáculo para reparar, como tampoco que la reparación incida dentro del derecho penal material a efectos de permitir la suspensión del juicio a prueba, operar como eximente en casos de insignificancia, ser tenida en consideración a los fines de la individualización judicial de la pena.

Concluyendo se puede decir que a diferencia de otros sistemas normativos; el derecho argentino no considera la reparación como pauta para la individualización de la pena (arts.40 y 41 del Cód. Penal).

Según Ziffer, frente a la ausencia de una norma similar, surge la posibilidad de adjudicar incidencia atenuante a los esfuerzos de quién cometió el delito para lograr la reparación del daño a través de una interpretación análoga a la dogmática de la tentativa con referencia a los efectos del desistimiento y a la relevancia otorgada a la producción del resultado¹⁰¹

7- Consideraciones Finales

Al tratar los temas desarrollados en este capítulo, se pudo llegar a comprender a los autores cuando plantean que la pena cumple la función de restablecer la vigencia de la norma.

Sin embargo, el restablecimiento de la norma no puede hacerse de cualquiera forma, con la sola condición de que sea socialmente funcional.

¹⁰⁰ Esa es la interpretación que la doctrina dominante hace del 23.2 del Código Penal Alemán (StGB) .Cfr Jescheck, Tratado de Derecho penal , parte general , pág 473.

¹⁰¹ Ziffer, Lineamientos de la determinación de la pena. Pág 167 y sig.

Este restablecimiento a través de la pena solamente será legítimo si es que se respecta la dignidad de la persona, lo cual implica no solamente prohibir la instrumentalización de las personas, sino también tratarlas como sujetos libres y responsables.

En este capítulo se trató en forma detallada el Sistemas de Reacciones Penales, tomando la Pena, la Medida de Seguridad, y la Reparación, como tercera vía. Se tuvo presente en destacar las diferencias existentes entre penas y medidas de seguridad, la legitimidad de estas, el principio de proporcionalidad y las medidas de seguridad criminales y administrativas.

En el capítulo siguiente se tratará la Individualización de la Pena.

Capítulo III

LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ámbito de individualización de la pena. 3. Individualización Legal. 3.1. La Reincidencia. 3.2. Objeciones. 3.3. Clases de Reincidencia. 4. Individualización Judicial. 4.1. El marco penal y las pautas legales. 4.2. La condena de ejecución condicional. 5. Individualización Ejecutiva. 5.1. El predominio de la prevención especial. 5.2. La ejecución de la pena privativa de libertad. 5.3. La crisis del ideal de resocialización. 5.4. La libertad condicional. 5.4.1. Concepto. 5.4.2. Su Fundamento. 5.4.3. Los requisitos de su otorgamiento. 5.4.4. Acerca de los requisitos de de mantenimiento. 5.4.5. La Revocación. 5.4.6. La libertad condicional de condenados a reclusión por tiempo indeterminado. 6. Consideraciones Finales.

1. Introducción

Si pretendemos dar una definición de individualización de la pena, podemos decir que se trata de determinar las consecuencias del hecho punible, función que corresponde al juez, y la debe cumplir en el marco que le ofrece la legislación.

Dentro de este capítulo se desarrollan temas relacionados con el ámbito de la individualización de la pena, teniendo presente como inciden las teorías de la pena como pautas de orientación para establecer los factores que deben ser considerados y valorados en estos casos.

Se trabaja especialmente atendiendo a los arts. 40 y 41 del Código Penal para determinar las pautas de individualización, las objeciones, las clases de reincidencia, entre otros temas que son desarrollados atendiendo a autores relevantes que tratan el tema.

2. Ámbitos de individualización de la pena

Podemos decir que individualizar la pena se trata de: la creación de un marco punitivo abstracto para cada hecho punible, la determinación de pautas que el juez debe considerar, la discrecionalidad que resulta admisible en su aplicación, la decisión sobre la viabilidad de una condena de ejecución condicional, las modalidades de ejecución o en fin la determinación de la fecha de libertad anticipada. Por lo que podemos distinguir los ámbitos en los que se deben tomar estas decisiones.

1- Individualización legal: Es atribución del poder Legislativo: establecer distintas clases de penas y medidas de seguridad. Prever escalas que contienen los topes mínimos y máximos de punibilidad que corresponden para cada hecho punible. Determinar criterios valorativos para vincular al juez, sirviéndole de pauta para aumentar o disminuir la pena que debe imponer en el caso concreto.

2- Individualización Judicial: corresponde a los órganos jurisdiccionales, y comprende no sólo la mediación de la pena aplicable al caso particular, sino también otras consecuencias, como por ejemplo su suspensión condicional y las consecuencias accesorias.

3- Individualización ejecutiva: está referida a su modalidad de cumplimiento, por lo que en el caso de las penas privativas de libertad, comprende las decisiones en materia de libertad condicional.

Se afirma que no son tres las etapas de individualización de la pena sino tres actividades dentro de una misma tarea, esto lleva a admitir la coherencia de todo el sistema penal este objetivo no está logrado en el Derecho argentino.

3- Individualización legal.

Este ámbito de individualización está dado por la creación de un marco penal común para todos los hechos punibles que queden dentro en el mismo tipo legal, previsión que es general y abstracta, y que permite establecer el valor proporcional de las normas penales dentro del sistema punitivo y un criterio decisivo para determinar el valor adjudicado a cada bien jurídico.

Su primera finalidad es vincular a los órganos jurisdiccionales limitando a la discrecionalidad judicial. Sin embargo el legislador optó por un sistema de penas que es relativamente flexible, quedando de esta forma abierta la discusión sobre márgenes de discrecionalidad que los jueces disponen.

Respecto a las pautas de individualización (arts.40 y 41 del Cód. Penal) el sistema jurídico argentino registra penas relativamente flexibles, respecto de las cuales el legislador ha establecido criterios de orientación para que los jueces individualicen la pena en sus sentencias, los que están expresados en las siguientes reglas:¹⁰²

La primera establece que: “en las penas divisibles por razón de tiempo o 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” (Art. 40, Cód. Penal).

De acuerdo a la segunda, “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 causados; 2. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo

¹⁰² Rigui- Fernández, Derecho penal. Op cit. Pág 503 y sig.

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 el caso” (Art. 41, Cód. Penal).¹⁰³

Estos principios generales están destinados a acotar el margen de libertad judicial, ya que la discrecionalidad judicial encuentra un segundo límite, desde que como toda regla legal vincula al juez, le estaría vedado apartarse de estas pautas generales a las que debe adecuar su decisión.

No obstante si observamos las pautas que el art. 41 del Cód. Penal ofrece las mismas son confusas, teniendo en cuenta que no dice cuanto incide cada una, ni siquiera cómo gravitan. Por ejemplo, la previsión de que el juez tenga en cuenta la “edad” del condenado, deja sin precisar si la mayor o menor edad debe ser considerada atenuante o agravante. Esa ambigüedad ha colaborado para que los jueces actúen con un considerable margen de libertad, especialmente porque el Código tampoco define pautas de solución de antinomias.

Podemos ver que el art. 41, inc. 2º del Cód. Penal establece que el juez debe tener en cuenta la “educación” del condenado, en este caso está consagra un factor de incidencia que puede ser utilizado en forma contradictoria, por lo que la escasa educación induce a reducir la pena desde una óptica retributiva, con fundamento en que tuvo menos posibilidades de motivarse para cumplir la norma, con lo que el sujeto resulta menos culpable, pero no hay nada que impida que pueda hacer invocada para justificar una mayor privación de la libertad, desde una orientación preventivo especial tendiente a lograr la readaptación social.

“Como consecuencia de lo anterior es que la legislación argentina, adoptó un sistema de previsión de pautas generales cuya impresión, traslada las definiciones al ámbito de la individualización judicial.”¹⁰⁴

¹⁰³ Rigui: Teoría de la Pena. Pág 212.

¹⁰⁴ Así, Zaffaroni, Tratado de Derecho penal, parte general, T. V, pág 276.

3.1- La Reincidencia (arts. 50 a 53 del Cód. Penal)

En nuestro Derecho, se dice que “habrá reincidencia siempre que quien hubiere cumplido, total o parcialmente una pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena” (art. 50, párr. 1º, Cód. Penal).

“La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia, si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición” (art. 50, párr. 2º, Cód. Penal), mientras que “no dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad” (art. 50, párr. 3º, Cód. Penal).

A través de la teoría de la prevención especial, el principal efecto para los casos de reincidencia ha sido siempre agravar la escala penal del segundo delito, consecuencia expresamente derogada en el derecho argentino a mediados de la década de los ochenta, como consecuencia de la sanción de la ley de reformas 23.057¹⁰⁵.

No obstante el derecho vigente mantiene una serie de consecuencias más gravosas si el condenado es reincidente tales como: Impedirle la condena de ejecución condicional (art. 26, párr. 1º, Cód. Penal). Obstaculizar su libertad condicional (art. 14, Cód. Penal). Prever la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, en supuestos de multirreincidencia (art. 52, Cód. Penal).

3.2- Objeciones

Los positivistas italianos fueron quienes sostuvieron la necesidad de dar un tratamiento especial penal grave, para defender a la sociedad de sujetos que repitan una actividad criminal dejando de manifiesto una peligrosidad mayor que el delincuente primario.

Siguiendo a Rigui, este nos dice que “el argumento de la represivización del trato adjudicado a un reincidente, que la anterior pena ya ejecutada fue

¹⁰⁵ Boletín oficial del 5 de abril de 1984

insuficiente para modificar su comportamiento, enuncia un fundamento que es débil aún desde esa óptica. Es que lo único claro que indica la nueva infracción es el fracaso de los instrumentos de motivación utilizados por el Estado durante la ejecución de la primera condena, siendo irracional suponer que la situación mejorará incrementando la pena” (Rigui, 2001, pág 216).

En palabras de Bacigalupo, las objeciones son insuperables, pues el reincidente ya cumplió la pena prevista para el primer hecho y debe retribuir sólo el segundo¹⁰⁶.

Autores como García, nos dicen que la objeción al pretender ser eludida, con el argumento que lo que califica el comportamiento del sujeto que reincide no es solo su mayor conocimiento debido a la función informativa de la pena, sino la correcta efectividad de la imposición del primer castigo como “vivencia personal”. Por lo tanto se ofrece un fundamento de mayor reproche que el reincidente ha experimentado en carne propia lo que significa sufrir efectivamente una pena y, no obstante ello la desprecia, demostrando insensibilidad ante la amenaza penal, pues vuelve a delinquir pese a haberla sufrido.(García 1992, pág 109).

3.3- Clases de Reincidencia

La reincidencia presenta diferentes modos de ser reguladas, por ejemplo:

La reincidencia es “específica” cuando el condenado como responsable de la comisión de un hecho punible, realiza otro de la misma naturaleza (por ej. dos robos), y “genérica” cuando los delitos cuya reiteración supone pueden ser distintos (por ej. un robo y un homicidio), modalidad esta última adoptada en derecho argentino (art. 50 y ss., Cód. Penal).

La reincidencia es “real” cuando se exige que la pena anterior haya sido ejecutada, y “ficta” cuando solo requiere una condena previa, sin necesidad de que el sujeto la haya cumplido. Luego de la reforma adoptada por la ley 23.057 se ha previsto un sistema de reincidencia autentica o real, porque se requiere que la pena haya sido cumplida “total o parcialmente” (art. 50, párr. 1º Cód. Penal)

¹⁰⁶ Bacigalupo, Observaciones a la exposición de motivos y al articulado del proyecto de parte general del Código Penal, p. 90; Maier, Derecho procesal penal, p.640; Righi – Fernández, Derecho Penal, p. 506; Ziffer, Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año III, n° 7, p.106.

4- Individualización Judicial

4.1- El marco penal y las pautas legales

La actividad individualizadora es la que realizan los órganos jurisdiccionales, teniendo en cuenta las pautas previstas por el legislador, por lo que los jueces deben:

Respetar en primer lugar la escala de punibilidad correspondiente al delito de cuya comisión el condenado ha sido declarado responsable.

En segundo término, seguir las indicaciones previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Respetar la escala de punibilidad correspondiente al delito y seguir las indicaciones previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Al realizar esta tarea hay que evitar la doble valorización, porque no influyen en la medición de la pena, las agravantes y atenuantes ya tenidas en cuenta, por lo que el juez no puede valorar la pena que un robo fue cometido con armas, si por ello condenó al autor por infracción calificado que describe el art. 166, inc. 2º del Cód. Penal en vez del tipo básico de robo del art. 164 del Código penal.

Para la individualización judicial de la pena, los órganos judiciales deben considerar los criterios de orientación retributivos y preventivos que son consecuencia de los fines de la pena, determinar los factores previstos en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, además es necesario que expresen los considerandos que fundamentan su decisión. La individualización judicial exige una reconstrucción dogmática. (Rigui, 2001, pág 222).

Respecto a la naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado (art. 41, inc. 1º del Código Penal), corresponde al punto de vista retributivo, en el cual la pena debe individualizarse en forma proporcional a la magnitud del injusto y la culpabilidad que el autor puso en evidencia al realizar el hecho punible¹⁰⁷.

Dentro de nuestro derecho existen pautas para la individualización que se encuentran vinculadas a la teoría de la prevención especial, donde la principal

¹⁰⁷ Rigui- Fernández, Derecho penal . Pág 512.

referencia es que deberán tenerse en cuenta “las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren la mayor o menor peligrosidad del autor”. (art. 41, inc. 2º, in fine, Cód. Penal)

La regla establece que se debe medir la pena teniendo en cuenta el pronóstico de la conducta futura del condenado, esto supone la probabilidad de reincidencia que debe ser tomada en cuenta como pauta de individualización. Lo mismo ocurre con las reincidencias en que hubiera incurrido (art.41, inc.2º, del Código Penal). Para formular un pronóstico de peligrosidad se deben tener presente la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto (art. 41, inc.2º. Cód. Penal).

Seguendo a Zaffaroni, nos dice que las teorías absolutas toman significación, ya que indican si el condenado tuvo un mayor o menor ámbito de autodeterminación que incide en el reproche.

Cabe considerar la calidad de las personas (art.41, inc2º, Cód. Penal) ya que por una parte puede estar referida a que se establezca una mayor o menor exigibilidad, pero también tener presente las características del autor que pueden influir en el pronóstico de reincidencia.

Rigui, nos dice que, ninguna de las teorías de la pena ofrece con precisión la cantidad de pena que corresponde, de ellas surge que son aproximaciones tentativas, pero en la medida que expresan puntos de vistas contradictorios previstos en nuestro derecho, es necesario que se desarrollen criterios que armonicen esas antinomias y determinar reglas si estas no se pueden conciliar.

4.2- La condena de ejecución condicional. (arts.26 a 28 del Código penal)

Roxin, nos dice que la teoría de prevención especial sustenta la condena de ejecución condicional por el efecto que ocasiona la ejecución de penas cortas privativas de libertad. Por lo que la imposición de una pena breve manifiesta poco contenido de injusto y de culpabilidad por el hecho de ceder la función retributiva

ante razones de utilidad social, por lo que se aconseja prescindir de una ejecución¹⁰⁸.

Ningún programa de resocialización puede ser exitoso con un período corto de encierro, por el contrario, permite que el condenado se manifieste en forma negativa acerca de su estadía en prisión.

En cambio una condena de ejecución condicional sirve como advertencia y opera en el futuro inmediato, cumple una función de prevención especial positiva, llevando al condenado a que oriente su comportamiento al sistema normativo.

La condena de ejecución condicional es facultativa del tribunal competente y se suele interpretar como un beneficio y no un derecho del condenado.

Tratándose de la individualización judicial de la pena hay que entenderla como un acto discrecional jurídico, que está vinculado y debe ser apreciado el margen de libertad que se otorga al juez para decidir sobre si es conveniente o no.

Zaffaroni¹⁰⁹ dice que una vez adoptada la decisión, cabe entender que se trata de una condena supeditada a una condición resolutoria, ya que se ha establecido que la condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito sufrirá la pena impuesta en la primera condena y lo que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas. (art. 27, párr.1°. Código Penal)

Los requisitos que condicionan la decisión de dejar en suspenso la ejecución de la pena son:

- Que se trate de una primera condena¹¹⁰
- A pena de prisión que no exceda de tres años

¹⁰⁸ Roxin, El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo, en La Reforma del derecho penal. Pág 95.

¹⁰⁹ Zaffaroni, Tratado de derecho penal, Op cit. Pág 441.

¹¹⁰ La primera pena debe ser entendida en el sentido de que la suspensión de la ejecución de la pena sólo procede respecto a delinquentes primarios. Zaffaroni, Tratado de Derecho penal, Pág 444.

- Que la decisión encuentre fundamento bajo pena de nulidad “en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad (art. 26, párr. 1 Cód. Penal)

La pena puede quedar en suspenso:

- Aunque el sujeto registre una condena anterior al cumplimiento de una pena no privativa de libertad, como la multa o la inhabilitación e inclusive un arresto.
- Que la misma solución corresponda cuando se trata de condenas anteriores que son consecuencia de faltas, contravenciones o infracciones a leyes especiales¹¹¹
- Que tampoco deben computarse como condenas anteriores, los casos en que una ley de amnistía hizo cesar la condena (art. 61, Cód. Penal)

Atendiendo a Zaffaroni, el autor nos dice que, no corresponde dejar en suspenso la ejecución, cuando el condenado registra una sentencia anterior que lo condena a pena de reclusión.

Tampoco si media una condena previa a pena privativa de libertad respecto de la cual operó la prescripción, igual solución se da en los casos en que haya mediado un indulto que operó como causa de extinción de la primera condena.

Acerca de la atenuación de la pena y el perdón judicial, nuestro derecho admite estos instrumentos de manera excepcional cuando al prever la punibilidad de la tentativa inidónea, faculta al juez a disminuir la pena en la mitad, reducirla al mínimo legal o eximir de ella al delincuente según el grado de peligrosidad que haya revelado (art. 44, in fine, Cód. Penal).

¹¹¹ Núñez, Tratado de Derecho Penal, t.II, pág 527.

Cuando el régimen penal de la minoridad prevé la posibilidad de reducir la pena aplicable a menores de más de dieciséis y menos de dieciocho años, en la forma establecida para la tentativa. (art. 4, párr.5º, ley 22278).

5- Individualización Ejecutiva.

5.1- El predominio de la prevención especial

Dentro de nuestro derecho constitucional y como consecuencia de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22, Const. Nacional) tienen jerarquía constitucional normas según las cuales:

a- Todo individuo tiene derecho a un “tratamiento humano durante la privación de libertad” (art. XXV, in fine, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

b- “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será de la reforma y readaptación social de los penados. Los menores delincuentes están separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica” (art. 10, inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

c- “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (art. 5º, inc. 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

De igual manera corresponde a las penas privativas de libertad.

5.2- La ejecución de la pena privativa de libertad

En sus orígenes la penitenciaría fue la base de proyecto de sustitución de la pena capital estableciendo un modelo de organización el cual significó potenciar las “virtudes” correctivas del aislamiento, el tiempo para la reflexión, el examen de conciencia y el arrepentimiento.

Pero en su evolución, las modalidades de ejecución de las penas privativas de libertad, permiten distinguir sistemas penitenciarios que corresponden a etapas

diversas, por ejemplo el sistema filadélfico, el modelo de Auburn, el sistema progresivo¹¹².

La pena privativa de libertad en nuestro régimen de ejecución (ley 24.660) adopta el sistema progresivo (arts. 6, 7, 12 y sig.) dónde los presos son sometidos a un tratamiento de resocialización (art. 5), el cual está dividido en cuatro períodos:

- 1- Observación (art. 13)
- 2- Tratamiento (art.14)
- 3- Prueba (art.15)
- 4- Libertad condicional (art. 28 y 29)

Durante el período de prueba el sistema prevé salidas transitorias (art.16 a22), una etapa de semilibertad la cual le permite al condenado trabajar fuera del establecimiento(art.23) y una prelibertad que lo prepare para el retorno a la vida libre (art.30), lo que culmina con la libertad condicional(art. 28 y 29)

5.3 La crisis del ideal de resocialización

Como sabemos existe un gran consenso acerca de la crisis que afecta al modelo de organización penitenciaria, el cual tiene como objetivo la readaptación del condenado, pero en la realidad la prisión genera cambios negativos en los internos.

La cárcel favorece en los condenados el desarrollo de procesos criminales, dado que la prisión más que un instrumento de defensa social es un consistente factor de criminalidad¹¹³ por la influencia de la “subcultura” de los reclusos que se advierte en las prisiones, lo que no evita aún cuando se las ha sustituido por establecimientos de “terapias social”¹¹⁴

Existe una relación de tensión entre tiempo y tratamiento, a lo que en este caso se añade la nueva vinculación corruptora que se establece entre coerción y

¹¹² Rigui, Teoría de la pena. Pág 244.

¹¹³ Hood – Sparks, Problemas claves en criminología, p. 215 y ss.

¹¹⁴ Schüller – Springorun, “Problemática de los establecimientos de terapia social”, en La reforma penal, p. 126.

*curación*¹¹⁵. Es que el modelo penitenciario del “tratamiento” parte de la premisa errónea de que es posible “imponer” un cambio psicológico. El problema no queda resuelto por la aceptación del condenado, pues su conformidad está inevitablemente comprometida por la evidencia de que su incorporación a los programas oficiales, fatalmente incidirá sobre la fecha de libertad condicional.¹¹⁶

Se concibe a la libertad anticipada como un beneficio, antes de un derecho del condenado, de esta forma la educación, la preparación vocacional, el asesoramiento y la terapia que en condiciones normales presuponen una base voluntaria llegan a convertirse en las instituciones carcelarias en procesos burocráticos, los presos tratan de “convencer” a los funcionarios que se abran las puertas de su libertad.

No obstante la política criminal del Estado seguirá apoyándose fundamentalmente en las penas privativas de libertad, al menos mientras no se encuentren sustitutivos eficaces.

En palabras de Rigui, “independizar las necesidades del tratamiento de la coacción que es de la esencia de la cárcel solo es posible, si se admite que aún cuando es útil que el Estado intente readaptar, el condenado no fue enviado a prisión con esa finalidad pues ello permite no condicionar la fecha de libertad condicional al cumplimiento de los programas de tratamiento carcelario.

Se debe considerar una etapa necesaria a la libertad condicional dentro de un sistema orientado a evitar la reincidencia, dónde se conjura el factor criminógenos con el enfrentamiento de las exigencias de vivir en libertad.

Bacigalupo nos dice que es importante que todo condenado deba pasar en libertad preparatoria la última parte de la pena pues si no existe pronóstico favorable, la situación no mejorará negando la libertad anticipada.

El mismo autor deja entrever que lo anterior conduce a la reducción de la discrecionalidad de los órganos encargados de la ejecución penal, consagrando legislativamente un nuevo sistema, con plazos de libertad condicional obligatorios. De esta manera el sistema es el único que permite tratamientos de resocialización a voluntarios, pues el condenado sabe de antemano que su aceptación del

¹¹⁵ Morris, El futuro de las prisiones, p. 35; Kaiser, Criminología, 1978, p. 117.

¹¹⁶ Morris, et. al., p.36. Righi - Fernández, Derecho Penal, p. 525 y ss.

programa oficial, no incidirá sobre la fecha de su liberación. Es que el estímulo para que preste conformidad no debe ser salir antes de la cárcel, sino en todo caso no volver a ella¹¹⁷.

5.4- La libertad condicional (art. 13 y sig, del Código Penal)

5.4.1- Concepto

En palabras de Welzel, *“la libertad condicional es un instrumento de la política criminal del Estado consecuencia del sistema progresivo, dónde la ley prevé que el condenado a una pena privativa de libertad, cumpla la última etapa de un régimen controlado de libertad ambulatoria”*¹¹⁸

5.4.2- Su Fundamento

La libertad condicional, puede ser apreciada desde las teorías retributivas como una rectificación de la individualización judicial de la pena, destinada a corregir excesos; vinculada a criterios de prevención especial que fundamentan su conveniencia, para los casos en que el ideal de resocialización es logrado prematuramente, careciendo de sentidos prolongar el encierro. Es de esa visión utilitaria que para evitar la incidencia criminógena que genera pasar del encierro total a la libertad irrestricta, se considera necesaria una etapa intermedia de libertad controlada.

Zaffaroni, nos dice que el Estado carece de derecho para restringir los derechos de un sujeto que ya ha cumplido todo el plazo de pena, responde a pautas de utilidad social que el penado cumpla la última etapa de su condena en un sistema de libertad ambulatoria, durante la cual está legítimamente sometido al control estatal. Consiguientemente, es criterio dominante que constituye una forma de cumplimiento de la pena¹¹⁹.

5.4.3- Los Requisitos de su otorgamiento

¹¹⁷ De acuerdo al derecho vigente, una vez reunidos los requisitos fijados por el Código Penal, la regla establece que el juez de ejecución o el juez competente “podrá conceder” la libertad condicional (art. 28, ley 24660)

¹¹⁸ Welzel, Derecho penal. Parte general. Pág 342.

¹¹⁹ Zaffaroini, Tratado de derecho penal. Parte general, t. V, p. 178.

En nuestro derecho (art.13, Cód. Penal) se establece que la resolución judicial correspondiente, estará precedida de un informe de la dirección del establecimiento, previéndose que la libertad del condenado estará condicionada a que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

a- Cumplimiento de una parte de la condena

b- Buen comportamiento carcelario

c- Otros requisitos, por ejemplo que no sea reincidente, y que no se le hubiese revocado una libertad condicional otorgada con anterioridad (art. 17 del Cód. Penal)

5.4.4- Acerca de los Requisitos de mantenimiento

Mientras dure el plazo de libertad condicional, el condenado debe residir en el lugar que determine el auto de soltura (art. 13, inc. 1º, Cód. Penal).

Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas (art.13, inc. 2º, Cód. Penal).

Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia (art.13, inc.3º, Cód. Penal).

No cometer nuevos delitos (inc.4º) Someterse al cuidado de un patronato, indicado por autoridades competentes (art.13, inc. 5º, Cód. Penal).

Estas condiciones rigen hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales, y en las perpetuas hasta cinco años más, a contar desde el día de la libertad condicional.

5.4.5- La Revocación

Se puede revocar la libertad condicional en el caso de:

a. Si el condenado cometiere un nuevo delito, su libertad condicional será revocada (cfr. Art. 13, párr.2º, 3º y 5º del Código Penal) o en el caso que llegue a violar la obligación de residencia (inc.1º), casos en los que no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad (art. 15, párr. 1º, Cód. Penal).

b- Mediando incumplimiento de los restantes requisitos de mantenimiento (art. 13, párr. 2º, incs. 2º, 3º y 5º, Cód. Penal) del art. 13, el tribunal podrá disponer que no se

compute en el término de la condena, todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpla dichas exigencias (art. 15, párr. 2º, Cód. Penal).

c- Una vez que el término de la condena haya transcurrido, o los cinco años previstos por el art. 13 si fuera perpetua, sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, de igual manera que la inhabilitación absoluta prevista en el art. 12 del Código Penal.

5-4-6- Libertad condicional de condenados a reclusión por tiempo indeterminado.

Dado casos de reclusión por por tiempo indeterminado (art. 52, Cód. Penal), y transcurridos cinco años de cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única, estará facultado para otorgar la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciarias¹²⁰.

Para ello es necesario se cumplan las condiciones previstas en el art. 13 del Cód. Penal, y a la vez que el condenado hubiere mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad (art.53, párr. 1º, Cód. Penal).

Transcurridos los cinco años de que el condenado obtenga su libertad condicional, este podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales (art.13, párr. 1º, in fine, Cód. Penal).

Dado el caso que el condenado haya violado cualquiera de las condiciones establecidas en el art. 13 del Cód. Penal, se puede determinar la revocatoria del beneficio que fue otorgado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los caso

¹²⁰ Rigui. Teoría de la pena. Op cit. Pág 252.

de los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 13 del Cód. Penal, solicitar nuevamente su libertad condicional (art. 53, párr. 2º, Cód. Penal).¹²¹

6- Consideraciones Finales

Dentro del presente capítulo se trató la Individualización de la pena, atendiendo a los distintos ámbitos: individualización legal, judicial y ejecutiva.

Se tuvo presente al desarrollar el capítulo la incidencia de las teorías de la pena dentro del tema que se desglosó.

Se trató en base a la consulta de variados autores la libertad condicional, su concepto, fundamento, las pautas necesarias para ser otorgada, entre ellos el buen comportamiento carcelario, la revocación y la libertad condicional.

Es necesario que al aplicar una pena, la misma se determine en base a los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Ya en el capítulo siguiente desarrollaremos la Pena Natural.

¹²¹ *Ibídem.* Pág 252.

Capítulo IV

LA PENA NATURAL.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Origen. 3. Concepto. 4. Argumentos Jurídicos para la valoración de la pena natural. 4.1. Principio de Humanidad. 4.2. Principio de Culpabilidad. 4.3. Principio de Proporcionalidad. 4.4. Atendiendo al art. 41 del Código Penal. 4.5. El Criterio de Oportunidad. 5. Las Reglas de Disponibilidad del Nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe. 6. Distintos modelos de oportunidad. 7. La regulación argentina de Criterio o Reglas de Oportunidad. 8. La Pena Natural como principio de Oportunidad. 9. Trámite de las Reglas de Oportunidad y Escucha de la Víctima. 10. La Pena Natural en el Derecho Comparado. 10.1. El Principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia. 10.2. El Principio de Oportunidad en el Derecho Alemán. 10.3. El Principio de Oportunidad en México. 10.4. El Principio de Oportunidad en Costa Rica. 11. Jurisprudencia. 12. Consideraciones Finales.

1- Introducción

Dentro del presente capítulo trataremos “La Pena Natural”, instituto que fue incorporado al Nuevo Código Procesal de la provincia de Santa fe, en su artículo 19 inc.3.

Para conceptualizar a este instituto se elige el concepto que nos da Zaffaroni.”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”¹²²

Se tratarán el origen, el concepto los argumentos jurídicos para la valoración de la pena natural, tratando los diferentes principios y haciendo especial mención al Principio de Oportunidad, y la pena natural como principio de oportunidad. Se trabajará con el derecho comparado.

Finalmente se hace mención en la jurisprudencia del caso Beloso, que fue el que motivó la realización de este trabajo.

2- Origen

Hobbes¹²³ enunciaba aquellas malas consecuencias naturales que no estaban contenidas en el concepto de pena y llamaba “pena divina”

Sin embargo quién distingue entre pena judicial (*poena forensis*) y pena natural (*poena naturales*) es Kant¹²⁴.

Si tomamos el pensamiento contractual del siglo XVII, el mismo consideraba la pérdida que sufría el autor de un delito con el castigo divino, esta compensación se orientaba a la culpabilidad del autor del hecho y no a la pena legal establecida a priori, de lo que surgía una confusión moral con lo que moralmente el sujeto debía a Dios con lo que debía responder al poder punitivo.

¹²² Zaffaroni, R: Alagia, A, Slokar A: Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediciones Ediar. 2005

¹²³ Hobbes, Thomas. Leviathan (1651), citado de la edición alemana de Iring Festcher, 1984,pág 238.

¹²⁴ Bacigalupo, Enrique. Principio de Culpabilidad, Carácter del Autor y Poena Naturalis en el Derecho Penal Actual en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Nueva Serie No. 2, 1998, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, pag. 94. En este sentido también Zaffaroni, Eugenio Raúl –Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro . “Tratado de Derecho Penal – Parte General”, Ediar, 2º edición Buenos Aires, 2005, pag. 996.

Fue en el siglo XVIII, que se instituyó el tiempo sobre la privación de la libertad como pena y el plazo temporal para cuantificarla y medir la gravedad del injusto¹²⁵

El Código Penal Alemán en el art. 60 (Stgb) excluye de pena cuando las graves consecuencias que el autor haya sufrido, haga equivocada la imposición de una pena¹²⁶.

En nuestro país, si bien hubo un proyecto en 1941 respecto al perdón judicial, esta figura no fue asimilable a la pena natural ya que el juez declina voluntariamente de su facultad de penas estimando que es inconveniente la aplicación de una pena en un caso concreto.

Ahora bien, verificando y evaluando la aflicción concreta que sufrió el imputado existen principios constitucionales que hacen a la sanción desproporcionada. El perdón judicial era una consecuencia y una de las aplicaciones más fecundas del concepto de peligrosidad, factor excluido en la consideración de la pena natural.¹²⁷

3- Concepto

Se identifica a la pena natural *como el mal grave que el agente sufre en la comisión o con motivo del injusto, ya sea que el daño sea causado por mismo o*

¹²⁵ Bien lo relata Zaffaroni: “Los penalistas del contractualismo debieron explicar la notoria transformación de las penas en la segunda mitad del siglo XIII y la primera del XIX: el paso de las penas corporales a las penas privativas de la libertad. El llamado proceso de humanización del derecho penal, que hizo de la privación de la libertad el eje central del sistema de penas...” A partir del contractualismo la gravedad del delito se tradujo en un desvalor legal expresado en tiempo. Hasta entonces se había pensado en las penas naturales una tasa punitiva única medida en forma lineal (plazo de tiempo).” la transformación tuvo lugar en el sentido de una prácticamente única (en una única especie) y medida en forma lineal . Esto responde a toda una cosmovisión lineal de la época mercantilista: progreso, medida del tiempo, unificación de penas y medidas para facilitar el comercio.” Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia Alejandro Slokar, Alejandro. Manual de Derecho Penal –Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2005, p, 28 6a 287

¹²⁶ Art. 60 “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 una pena 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.(Versión del Código Penal alemán traducida por la profesora Claudia López Diaz es la publicada bajo el título Strafesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998.)

¹²⁷ La diferencia de las instituciones es notoria se urge en la exposición de motivos del Proyecto Peco “ Como la máxima peligrosidad lleva a la instauración de medidas de defensa social , así la nula peligrosidad acarra la inaplicabilidad de la sanción . No se concibe perdón judicial en un código cimentado en la doctrina de la proporción penal” (Digesto de Codificación Penal Argentina”, Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo titulada“, T V, editada por AZ en 1996; pag. 147).

*por terceros con motivo de su autopuesta en peligro; pudiendo el mal recaer también en terceros con los cuales el agente tiene una relación*¹²⁸.

Analizando este concepto podemos decir que existe uniformidad en aceptar el mal, por ejemplo el daño físico en la persona del autor, aunque también se incluye el daño moral, la aflicción derivada del ilícito.

Tomando en cuenta a Zaffaroni, el tiene una visión más amplia: “no hay razón para limitar la pérdida del autor a las de naturaleza física o corporal, sino que también puede ser económica o de cualquier otro carácter, con tal que sea con motivo de su delito, y sin que obste que haya sido previsible o prevista, siempre que lesione los principios constitucionales señalados (irracionalidad mínima e humanidad)”¹²⁹

Dentro de esta visión se encuentran las pérdidas o privaciones dispuestas legalmente o por terceros por el delito de índole económico, patrimonial, financiero, tales como la pérdida de empleo, divorcio, desprestigio, etc.

El daño debe ser grave, descartándose toda lesión leve e improbable. La gravedad puede venir de la entidad fáctica del perjuicio o de la repercusión perjudicial en el acusado, por lo tanto un padecimiento que se a irrelevante merecerá ser considerado como pena natural si está perjudicando la entidad psicosocial del sujeto o su trabajo.

Todo mal debe ser alegado y probado, puede ser por un obrar doloso lesión provocada por la víctima- o negligente - o aún accidental, prevista o previsible por el autor; pero siempre ocurrir antes –durante o después de la acción delictiva, por lo que abarcaría la tentativa en cualquiera de sus formas –quien se lesionó manipulando una bomba o intentando escalar una pared para robar, hasta su consumación – el ladrón de autos que choca o es herido en su huida por un policía.

Se descartan las consecuencias eventuales del ilícito. (caída de un mueble sobre un ladrón).

¹²⁸ Conf. Zaffaroni Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro. Manual de Derecho Penal – Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2005, p, 996 a 997

¹²⁹ Zaffaroni. Ob. cit, pag. 997.

Se acepta que un daño sufrido a un tercero sea considerado como pena natural si repercute negativamente en la persona del autor; lo que ocurre cuando se lesiona a un pariente o un ser querido.¹³⁰

4- Argumentos Jurídicos para la valoración de la pena natural

Los argumentos jurídicos hacen viable, justa y debida la apreciación y la consecuente valoración de la pena natural dentro de nuestro derecho.

Existen normas, principios y criterios que llevan a justificar el tratamiento de este tipo de daño sufrido a la hora de aplicar una pena o fijar su tiempo.

4.1- Principio de Humanidad:

El principio de humanidad indica la proscripción de la crueldad y se deduce del art 18 de la CN en cuanto veda la aplicación de la pena de azote y toda forma de tormento. En forma expresa y con jerarquía constitucional, vía del art. 75. inc. 22 de las Carta Magna, consta en los pactos internacionales con la prohibición, de las penas crueles, inhumanas o degradantes.

Tiene particular interés aquí la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, también con rango constitucional que establece en su art. 16: “Todo estado parte, -y Argentina lo es-, se comprometerá a prohibir bajo su Jurisdicción otros actos que constituyan trato o penas crueles ...”.

Lo “cruel” se orienta hacia lo insufrible, a lo excesivo, a la pena que resulte brutal en sus consecuencias. Entonces, la “crueldad” de la sanción ocurre cuando se omite considerar y valorar la pena natural sufrida por el imputado; esta falta de “computo” de los daños experimentados hizo excesiva y hasta redundante la punición legal.

La conexión de la pena legal con las características del hecho determina la crueldad de la aplicación concreta del mínimo legal ; estando impedido el Juez de imponer que deviene “cruel” y “brutal” para ese sujeto, por ese hecho y en esas circunstancias.

También es exigible cierta humanidad del ius puniendi estatal que debe ser comprensivo y dar cauce judicial a especiales circunstancias como la pena natural,

¹³⁰ Es indistinto que el autor se lesione gravemente al manipular un explosivo o que esa lesión sea impuesta por la autoridad mediante un disparo de arma de fuego en cumplimiento de un deber. (conf. Zaffaroni, ob. cit . pag. 997)

no lo solo por el posible riesgo de imponer una pena cruel sino también para racionalizar su aplicación y evitar las “inhumanidades” que necesariamente produce su aplicación automática, irreflexiva y cuasi inercial. Así, la humanidad no es solo un principio que veda las penas crueles, sino también que insta y refuerza el carácter subsidiario y restrictivo de la intervención penal estatal.

La falta de valoración y mensuración de la pena natural expone al juzgador a la imposición de una sanción cruel a la par que deshumaniza la respuesta punitiva estatal.

4.2- Principio de Culpabilidad

En el juicio de reprochabilidad que compone la culpabilidad dónde la pena natural actúa de modo neutralizador, como una compensación destructiva que reduce o elimina la punibilidad del acto.

Este merecimiento disminuye o compensa con los graves perjuicios que el sujeto sufre en su persona. La justipreciación de los males sufridos repercuten en la construcción del juicio de culpabilidad.

Zaffaroni nos dice que el merecimiento de penabilidad se contrarresta por la entidad y clase de la pena natural verificada, haciendo que pueda llevarse a equilibrar en su totalidad la gravedad del injusto con la gravedad del mal padecido por el sujeto y de esta forma hacer indigna la aplicación de la pena legal.

La única función legítima del concepto de culpabilidad es la del presupuesto necesario, restricción y tope máximo de la magnitud del poder punitivo, si la ofensividad subjetiva del autor se ve disminuída o hasta eliminada con la pena natural, la graduación de esta compensación hará menor el merecimiento de pena, dejando subsistente el delito, o borrándolo totalmente. Sin existir el delito por destrucción de la culpabilidad se hace inviable, injusto y equivocado la imposición de una pena legal.

Podemos ver que el juez cuando realiza el juicio de culpabilidad tendrá que sopesar las situaciones y hechos del sujeto, dentro de lo que se encuentra lo

dañoso sufrido por el autor del hecho¹³¹ con la finalidad de establecer su reprochabilidad concreta.

De esta manera el orden jurídico no se cierra sobre sí mismo y computar los conceptos preestablecidos para el juicio de culpabilidad y la posterior valoración de la pena natural, significa una apertura del orden jurídico, penal y social.

En el caso que el delito sea un hecho que merece ser penado, la consideración de la pena natural puede disminuir o volverse inmerecida, por lo que se tendrá que evaluar si es adecuado aplicar la pena legal establecida.

4.3- Principio de Proporcionalidad

Del principio de racionalidad de la pena, y de la razonabilidad de cualquier acto estatal, se deriva que la respuesta punitiva tenga una cierta proporcionalidad entre la magnitud del delito (injusto y de la culpabilidad), para lo cual demanda cierta flexibilidad para adecuarla al caso en concreto¹³².

La proporcionalidad de la pena constituye un principio de dos caras, por un lado se orienta al orden jurídico y por otro actúa en el arbitrio judicial al cuantificar la pena en concreto.

La razonabilidad de la intimidación penal hace que el sistema punitivo sea proporcional en el establecimiento legal del castigo, es decir que en realidad tenga real eficacia la determinación de la pena.

De esta manera, la medición de la pena natural al disminuir o anular la culpabilidad del autor, lleva a acrecentar las posibilidades de que aún el mínimo legal sea desproporcionado con la gravedad del delito.

De todas maneras, se sabe que la proporcionalidad de la pena no aparece solo cuando se trata de la aplicación de los mínimos legales: la debida relación entre la graduación de pena y el delito achacado es un juicio lógico que debe estar

¹³¹ Opina Soler :” concebida el culpabilidad como un juicio , es manifiesto que la reprochabilidad estará apoyadas en situaciones y hechos del sujeto ... pero está determinada por una exigencia , cuyos alcances son fijados en concreto por el juez “Sebastián Soler , “Derecho Penal Argentino , T. II, TEA, Bs. As, 1970, pag. 14 y sig.

¹³² Conf. Zaffaroni, Tratado de derecho Penal parte general, Tomo V, Editorial EDIAR, 1983, pag. 113 y sigs.

presente aún si el monto aplicado sobrepasa el piso legal: la pena puede tener correlación con el reproche, pero aún puede ser desproporcionada.

Podemos decir que la pena natural igualmente que la proporcionalidad punitiva exige razonabilidad en todos los elementos que rodean al delincuente.

La apreciación de los graves detrimentos sufridos por el sujeto será un elemento vital para medir y evaluar si monto punitivo se ajusta, o no, a una respuesta racional y razonable del ius puniendi.

El cómputo de la pena natural opera también en el juicio de proporcionalidad hecho por el juzgador, llevando a descartar penas desmesuradas que no guardan equivalencia con la entidad real del injusto.

4.4- Atendiendo al Art. 41.del Código Penal

Sabemos que la pena natural está dentro de las circunstancias que el juez sopesa para medir la pena.

El juez al moderar la pena deberá “tomar conocimiento de las demás circunstancias del hecho en la medida requerida por cada caso “... lo que incluye los graves males padecidos por el acusado y de su ilícito. Entonces, es deber legal e ineludible del juzgador para medir al sanción conocer la posible 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 injusta¹³³.

Los artículos 40 y 41 del CP tienen como finalidad especificar al Juzgador de todas las circunstancias relevantes para ilustrarlo mejor cuando elige y mide la pena. Todo elemento fáctico o jurídico que signifique una circunstancia atendible podrá ser considerado como “atenuante” (art 40) y ser tenida “en cuenta” a la hora de fijar la respectiva condenación.

Además, el mismo inc. 1 del art. impone sopesar “la extensión del daño causado” por la acción penal, pero en una correcta interpretación no puede

¹³³ Bien apunta Zaffaroni : “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 que en el cumplimiento de este deber topa con una circunstancia que hace el mínimo viole en el caso los citados principios constitucionales – se refiere a los de irracionalidad mínima y humanidad-, debe abstenerse de imponer una pena cruel (Conf. Zaffaroni – Alagia- Slokar, ob. cit. pag. 997)

excluirse el mal o daño que sufrió o que repercutió sobre la persona el imputado como un elemento importante a computarse.

Atendiendo al art.40 o 41 del Código Penal, el juez no puede ignorar la la consideración de la pena natural como causal de atenuación o eliminación de la pena en abstracto, es decir darle a la normativa su real sentido.

4.5- El Criterio de Oportunidad

Cuando se habla del principio de oportunidad se hace referencia a “la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva o subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”¹³⁴

Las excepciones a la obligación de perseguir el delito, por lo general, suelen justificarse en razones de índole utilitarista (descongestionar el sistema judicial, optimizar recursos, procurar la punición de la criminalidad organizada, etc.); pero también en la necesidad de re-legitimar el sistema penal evitando las desigualdades en contra de los más vulnerables (orientar la selectividad, reducir la aplicación de instrumentos de violencia estatal, favorecer la reparación a la víctima) o en otros intereses.

En su acepción más restringida, se entiende por principio de oportunidad a la facultad que posee el órgano público encargado de la persecución penal, de prescindir de ella por motivos de utilidad social o razones de política criminal¹³⁵

La Reforma Procesal Penal latinoamericana plantea entre sus ejes principales la inclusión de criterios de oportunidad para la persecución penal, con alcances amplios¹³⁶.

Se procura así la sustitución de prácticas arbitrarias, irracionales o viciosas, por decisiones controlables, razonablemente fundadas en motivos establecidos en la

¹³⁴ Cafferatta Nores, of. Cit., pag. 12. Aunque resulta más preciso hablar de “dis crecionalidad en la persecución fundada en razones de oportunidad” en lugar de “principio de oportunidad”, parece difícil sobreponerse al arraigo de la última expresión.

¹³⁵ Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, comentado. Ley 12734.

¹³⁶ Stippel, Jörg y Marchisio, Adrián, “Principio de Oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina”, Ad-hoc, 2002.

ley procesal. Con ello se tiende a “canalizar jurídicamente la selección y excluir una selección irregular y deformante”¹³⁷.

Pero también se pretende dar sustento normativo a ciertos procedimientos de resolución de conflictos que se producen en la realidad al “margen” de la ley (conciliación extraprocésal, acuerdos de reparación, etc.) y, fundamentalmente, devolverle a la víctima el protagonismo en la solución del conflicto.

5- Las reglas de disponibilidad del Nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe

El artículo 19 inc.3 de este nuevo código incorpora los criterios de oportunidad que viene a excepcional el principio de legalidad , para evitar ocuparse de temas irrelevantes o que hacen innecesaria la aplicación de una pena, es decir que trae aquellos casos en que el Ministerio Público no podrá promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal.

Textualmente el artículo 19 dice: Criterio de Oportunidad. El Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal, en los siguientes casos: cuando el Código Penal o las leyes penales especiales lo establezcan o permitan al Tribunal prescindir de la pena; 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.

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; cuando la pena en expectativa carezca de importancia con relación a pena ya impuesta por otros hechos; 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; 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

¹³⁷ Zipf, Heinz, “Introducción a la Política Criminal ”, pág. 123.

comprometido el interés de un menor de edad; 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.

El criterio de oportunidad se identifica con la posibilidad de no castigar a quien por el Código penal debe ser castigado o, cuanto menos puede ser castigado (afrontar una pena conjetural).¹³⁸

De allí la discusión en orden a si las provincias pueden, en el ámbito de su territorio declarar no punible una conducta penalmente prohibida como delito en el Código Penal o dicho de otro modo, si las provincias pueden resolver que no se castigue a un posible o eventual culpable.

6- Distintos Modelos de Oportunidad¹³⁹

Existen dos modelos generales de aplicación de criterios de oportunidad.

Para el primero la oportunidad es la regla, elevada a principio rector de la persecución penal (oportunidad absoluta).

En algunos países domina esta regla, especialmente en el Derecho Anglosajón, trasladados a los Estados Unidos de América: ellos desconocen el principio de legalidad.

En palabras de Roxin, “en Alemania, el principio de legalidad se consagra en el art. 152 II de la StPO, entendiendo Roxin que no es un principio rígido como el de oficialidad del art. 152.I de la StPO, sino que es flexible al igual que el de publicidad, así el principio de legalidad es “quebrantado” por numerosas excepciones en el ámbito de la criminalidad leve y media por lo cual rige en la práctica el principio de oportunidad, y su regulación depende de máximas abstractas mediante el art. 153 StPO pero con el consentimiento del tribunal

¹³⁸ Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, comentado. Ley 12734

¹³⁹ Carbone, Carlos: La Pena Natural como Regla de Oportunidad en Los Principios Políticos del Proceso Penal.

competente para la apertura del plenario y sin su consentimiento para un delito que no está amenazado con una pena alzada en el mínimo para los litigios de exigua cuantía (insignificancia del hecho), y siempre que no exista ningún interés público en la persecución y en que las consecuencias ocasionadas por el acto sean mínimas”¹⁴⁰

A su vez el fiscal puede prescindir provisionalmente de la acusación con consentimiento del inculcado y el tribunal si repara el daño, o paga a una institución pública, o con deberes de alimentos y de modo definitivo si las prestaciones fueron cumplidas.

También puede prescindir respecto de delitos cometidos por extranjeros, desistir por motivos políticos prescindir de la acusación por arrepentimiento activo, etc.

El Dr. Carbone nos dice que “en otros países, la tradición cultural ha afirmado el principio de legalidad. Argentina es uno de ellos, pues su derecho proviene en gran medida de los países centrales de Europa continental (España, Italia, Francia, Alemania) dónde por una parte la Inquisición hundió sus raíces fundamentales y, por otra tuvo mayor desarrollo la filosofía especulativa, contraria al utilitarismo y sentido común inglés. No obstante, allí el predominio de la legalidad en la persecución penal no oculta actualmente la imagen sociológica del procedimiento penal como un proceso de selección real, ni la necesidad de conducir políticamente esta selección según criterios transparentes de racionalidad e igualdad (oportunidad reglada)¹⁴¹

7- La Regulación Argentina de Criterios o Reglas de Oportunidad

Siguiendo al Dr. Carbone, Él nos especifica que el art. 8 del CPPSF, según ley 12912 dispone:...”Cuando sea pertinente, se aplicarán los criterios de oportunidad legalmente establecidos.

Esos criterios se fijan en el art.10 II y sig. del CPPSF , donde bajo el título Reglas de disponibilidad se fijan los “ Criterios de Oportunidad” y se dispone que

¹⁴⁰ Roxin, Claus”Derecho Procesal Penal Editores del Puerto. Bs, As. 2000.Pág 90 y sig.

¹⁴¹ Carbone, Carlos: La Pena Natural como Regla de Oportunidad en Los Principios Políticos del Proceso Penal.

el Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal” en una serie de casos reglados y acogidos en la extinción de la acción penal.

El art. 10 II del CPPSF ley 12912, contiene uno de los más extensos supuestos reglados de la oportunidad procesal argentina tales como la insignificancia, la pena natural, la irrelevancia de la pena cuando se ha ya impuesto en otros delitos, cuando las leyes penales especiales permitan al tribunal prescindir de la pena, la conciliación a- en delitos culposos, lesiones leves, amenazas, violación de domicilio y b- conciliación si se repararon los perjuicios en delitos contra el patrimonio cometidos sin violencia o intimidación, enfermedad incurable del imputado¹⁴².

Parecido tenor tienen las regulaciones restantes: el art. 56 del CPPBA según ley 11922 y sus modificaciones pero regulando en el art.56 bis solo la insignificancia, la pena natural y la poca relevancia de la pena en expectativa.

¹⁴² Art. 10 IICPPSF: El Ministerio Público podrá 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 de su cargo 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.

El CPP de la provincia de Chubut, según ley 5478 lo hace en el art.44 limitando la insignificancia a que no haya condena anterior, la pena natural a los delitos culposos, la carencia de relevancia de pena, agregando la enfermedad incurable del imputado y la conciliación en lesiones leves.

La ciudad autónoma de Bs.As. en su CPP según ley 2302 bajo nombre de *archivo de las denuncias* es más original que los otros ya que establece pautas de su discrecionalidad para que el fiscal archive cuando la naturaleza e importancia del hecho no justifique la persecución, para el imputado arrepentido si esto fuera indispensable para esclarecer el hecho, cuando la pena por algunos hechos haya llegado a su máximo posible en casos de concurso haciendo innecesaria para perseguir por otros delitos, pena natural por delitos culposos.

El CPP de la ciudad de Entre Ríos en su art.5 faculta al procurador Fiscal Gral fijar pautas para priorizar la persecución de delitos teniendo en cuenta la insignificancia, la conciliación entre las partes, el expreso pedido de la víctima para que el Fiscal se abstenga de ejercer la acción penal y la reparación del perjuicio causado por parte del imputado, excluyendo los delitos en contra de la Administración Pública cuando fueren imputados funcionarios públicos.

El CPP de la ciudad de Mendoza según ley 6730 en su art. 26 regula la insignificancia, si se solucionó el conflicto, el arrepentido.

Siguiendo lo expuesto por el Dr. Carbone, el nos dice que un elemento común en todos estos ordenamientos es que para arribar a tal decisión fiscal se propende la mediación, la conciliación y la reparación del perjuicio, acá podemos relacionar el tema del principio de oportunidad con lo ya visto en el capítulo I Los Sistemas Alternativos de Solución del Conflicto Penal.

El autor, aquí menciona que el principio de oportunidad es un escalón menos intenso al de la absoluta discrecionalidad fiscal anglosajona que lo tiene como regla ya que se permite solo para algunos casos siendo el santafesino uno de los que tiene el catálogo más generoso.

Las reglas de oportunidad tienen diversos medios alternativos de culminación procesal represiva como la *probation* contemplada en el art. 76 bis del CP, y entendida como suspensión del juicio a prueba regulada también en el CPPSF en su Art. 8 II con mayor radio de acción que la norma represiva nacional

al extender la suspensión del juicio a los delitos que capten pena de inhabilitación y se nutre para su alcance de acuerdos entre los involucrados directamente o con mediación previa¹⁴³.

El principio de oportunidad se rodea de nuevos procedimientos propios del principio dispositivo del proceso civil como el plasmado en el art. 10 III del CPPSF que menciona la Mediación a los efectos de lograr la conciliación señalada para la obtención de las reglas de disponibilidad de la acción penal¹⁴⁴. Nuevamente podemos ver la relación con los Sistemas Alternativos de Solución del Conflicto Penal.

En palabras de Erbetta, Franceschetti, Chiara Díaz, nuestro sistema de proceso penal santafesino, consagrado por la ley 12734, vigente en cuanto al principio de oportunidad ha sido implementado en el código vigente mediante el art. 10 II del CPPSF consagrando los criterios de oportunidad por el cual el Ministerio Público podrá promover o como en el caso prescindir de la acción penal ya iniciada en diversos casos, entre los que se encuentra en el inc.3 : cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés.¹⁴⁵

8- La Pena Natural como principio de Oportunidad

¹⁴³ Carbone, Carlos: La Pena Natural como Regla de Oportunidad en Los Principios Políticos del Proceso Penal.

¹⁴⁴ “Art. 10 III CPPSF: Mediación. Se establecerán procesos de mediación entre los interesados según la reglamentación respectiva, asegurando la dignidad de la víctima, del imputado y la igualdad de tratamiento de ambos. La víctima tendrá el derecho y el Estado el deber de asegurarle el asesoramiento jurídico necesario cuando no pudiese afrontar los gastos en forma particular. Vencido el término, la acción penal quedará extinguida para el autor o partícipe a cuyo favor se aceptó el criterio de oportunidad, salvo el supuesto del inciso 2 del artículo 19 en que los efectos se extenderán a todos los partícipes. En caso de incumplimiento de inobservancia de las condiciones o reglas de conducta, el Tribunal resolverá lo que corresponda después de oír al imputado y a las partes o interesados. La decisión podrá ser precedida de una investigación sumaria y es irrecurrible”

¹⁴⁵ Erbetta, Orso, Franceschetti y Chiara Díaz. “Nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe Comentado. Ley 12734. Editorial Zeuz, Rosario, 2008. Pág 110

En palabras del Dr. Carbone, podemos decir que la pena natural es el mal grave que se autoinflige el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón¹⁴⁶.

La doctrina sostiene que las instituciones amparadas en la figura debieron encontrar solución desde la dogmática penal para materializar la pena natural, por lo que debe eyectarse desde el derecho de fondo.¹⁴⁷

Siguiendo a Roxin, la dispensa de la pena que analiza desde el derecho de fondo, se ha pensado en el supuesto de que el sujeto ya haya sido castigado en forma suficiente por las repercusiones de su delito.¹⁴⁸

En palabras de Zaffaroni, resulta que la sanción penal prevista innecesaria y desproporcionada porque los fines de toda pena, sea especial o general se cumplieron, no hay necesidad de pena, porque el daño causado por el delito resultó infinitamente menor que el daño que padeció el acusado al cometerlo y /o la pena aparece totalmente desproporcionada.¹⁴⁹

El Dr. Carbone nos dice que esta solución la encontramos comprendida en los art. 40 y 41 del CP argentino, los cuáles fijan las reglas, para las penas cuando estas sean divisibles por razón de tiempo o cantidad de acuerdo por las diversas circunstancias atenuantes o agravantes en cada caso particular, imponiendo al juez la obligación de tomar conocimiento de las demás circunstancias de hecho en la medida requerida para cada caso, lo que abarca el caso de las penas naturales.

9- Trámite de las Reglas de Oportunidad y Escucha de la Víctima

¹⁴⁶ Carbone Carlos: La Pena Natural como regla de Oportunidad en los Principios políticos del proceso Penal

¹⁴⁷ *Ibíd*em

¹⁴⁸ Roxin, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Pena. Tomo I. Editorial Civitas, pág 130

¹⁴⁹ Zaffaroni, Alagia, Slokar. Manual de Derecho Penal Editorial Ediar. 2da. Edición. Bs.As.2000. Pág 739.

Este trámite si no lo inicia de oficio el fiscal, debe realizarse ante la oficina de este funcionario.

Algunas provincias exigen en supuestos como el de la pena natural que el fiscal tenga la conformidad de Cámaras (CPPCABsAs art.199 inc d).

En la provincia de Chubut se requiere la opinión del fiscal superior en caso de que haya discrepancia entre el fiscal y el tribunal (art. 44)

En algunos tribunales de la ciudad de Rosario se presenta ante el juez el instructor que no debe rechazar *in limine* el pedido sino reconducir el mismo y dar vista al fiscal por un principio de economía procesal.

El art. 45 del CPPCH requiere de la escucha previa de la víctima, mandando el juez comunicar a la víctima la existencia del pedido fiscal debiendo garantizar la recepción de la notificación y la adecuada *oportunidad* de ser oída.

El art. 211 del CPRER no pone como deber del fiscal la escucha de la víctima, sino imponiendo en su caso el deber de comparecer al denunciante.

El sistema santafesino establece que la víctima deberá ser oída, pudiendo esta formular oposición (art. 10 IVCPPSF).

Resulta necesario destacar que el criterio de oportunidad es decisión exclusiva del fiscal, por lo que un desacuerdo de la víctima en este sentido no impedirá la extinción de la acción penal, (vgr art. 211CPPER, art.10 II del CPPSF) debiéndose archivar la causa y declarar extinguida la acción penal instaurada.

Suele establecerse un sistema impugnativo a favor de la víctima disconforme con el acogimiento de las reglas de oportunidad.

El art. 56 bis del CPPBSAS hace referencia que el damnificado o la víctima y el mismo Fiscal General serán notificados del archivo ya que pueden impugnarlo conforme lo normado en el art. 83 inc. 8º, sin perjuicio que el Fiscal General de oficio proceda a revisar la razonabilidad y legalidad del archivo.

La ley no aclara si ciertas situaciones convalidan a la víctima a tratar de convertir la acción penal pública archivada, en acción privada, a través del procedimiento de la querrela (ART.10 V del CPP) no obstante haber dado su acuerdo por lo contrario y que no desea ninguna reparación.

Raúl Superti dice que cuando la víctima haya sido reparada o en el caso de que renuncie a la reparación y acuerde la extinción de la acción y querrelle luego, sería una violación al principio de los actos propios que reprime estas inconsecuencias procesales cuando es contradictoria con otra anterior.¹⁵⁰

En palabras del Dr. Carbone, en la actual coyuntura santafesina la facultad del fiscal está controlada por el Juez de Instrucción, ya que la ley no aclara los alcances de las potestades del juzgador, sino dice si el tribunal “admitiere” el criterio referido.

El nuevo sistema santafesino aclara el panorama por cuanto el fiscal es el encargado de la investigación, el ejerce la acción, instruye y de modo coherente la hace cesar, por lo que el juez de la investigación se limita en nuestra opinión a hacer un control formal de la legalidad y no del mérito de la decisión del fiscal, aunque deba merituar las razones de interés público o seguridad.

Vemos que en la implementación parcial del nuevo sistema penal que consagra el sistema acusatorio adversarial con investigación a cargo del fiscal, la instrucción sigue a cargo del juez instructor, y aparece la facultad fiscal de solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad, pero aún en este sistema el control del instructor debe ceñirse a la legalidad del caso y al análisis de aquellas circunstancias respecto si mediaren razones de seguridad o interés público como dice la norma del art.10 II inc3 del CPPSF.

Lo anterior trae según el autor sus propios problemas, ya que todo delito compromete estos bienes, lo cual llevaría a la inaplicabilidad de la regla. Se considera que este control debe ser excepcional y deberá ser fundado siempre y cuando sea protuberante, extremos que no se dan en estos casos de pena natural cuando el delincuente resulte dañado irreversiblemente en su salud: el caso concreto podrá mostrar y acreditar que se comprometen estos valores sociales.

Atendiendo al interés público, el Dr. Carbone nos dice que debe tratarse con un interés relevante dado la excepcionalidad del Derecho Penal, esperando

¹⁵⁰ Superti, Raúl “El Ministerio Público Fiscal en su nuevo rol. El principio de oportunidad”. Conferencia pronunciada el día miércoles 27 de mayo del 2009 en el Curso de Especialización en Derecho Procesal Penal *Estudio del Código Procesal Penal de Transición: Problemas y estrategias para litigar*, celebrado en Universidad Abierta Interamericana de Rosario, con la dirección académica del suscripto

que la fiscalía evalúe que no se afecten estos bienes en su pedido, si bien cuando nada dice implícitamente desestima estos inconvenientes.

Volviendo al caso Beloso, no puede dudarse que el estado físico del acusado producto del balazo que sufrió con motivo del robo con arma de fuego emprendido y que lo deja parapléjico es de una magnitud no solo grave, sino irreversible: su inmovilidad física desamerta cualquier razón de seguridad o interés público que conspire contra el fin abrupto de causa en la instrucción o investigación preparatoria¹⁵¹.

10- La Pena Natural en el Derecho Comparado

El Principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia.

El Código, que comenzó a aplicarse a partir de enero de 2005, pretende instaurar un verdadero sistema acusativo en el país, y un proceso oral, público, expedito y restaurativo acorde con los principios constitucionales de protección y promoción de los derechos humanos y de la lucha contra la impunidad.

El objeto de este escrito no es establecer si estos propósitos serán alcanzados con las normas finalmente aprobadas, sino tan solo concentrarse en una de las novedades del Código: el principio de Oportunidad, definido como la facultad otorgada a la Fiscalía General de la Nación para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal de los autores y partícipes en hechos que revistan las características de una conducta punible.

El presente texto está dividido en tres partes: el concepto y evolución jurídica del principio de oportunidad, un estudio de la normatividad vigente en Alemania como ejemplo de la regulación del principio de oportunidad en el derecho comparado, y finalmente, un acápite dedicado al estudio de la consagración constitucional y legal del principio de oportunidad en Colombia.

El Principio de Oportunidad en el Derecho Alemán

Como se ha visto, el derecho continental europeo optó inicialmente por un sistema penal basado en el principio de Legalidad. En la actualidad, algunos

¹⁵¹ Juzgado en lo Penal de Sentencia N°8 de Rosario, Auto N° 244, 4 de Junio de 2009. Lexis N° 70053350

Estados mantienen este sistema en sentido estricto. Pero otros países han admitido en sus legislaciones, en mayor o menor medida, la posibilidad de aplicar en ciertos eventos el principio de Oportunidad. Entre ellos, es preciso mencionar el caso alemán, por el notable influjo que ha tenido en el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano.

Según el artículo 152 [2] de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO), que consagra el principio de Legalidad, la Fiscalía está obligada a proceder judicialmente por causa de todos los delitos perseguibles -siempre que haya suficientes puntos de apoyo sobre su ocurrencia, salvo que la ley defina algo distinto. Como se aprecia, el principio de Oportunidad se consagra como excepción al principio de Legalidad, lo que tiene importantes efectos para la interpretación de la norma (singularia non sunt extendenda). Empero, una revisión de la lista de excepciones permite concluir que el principio de Oportunidad es la regla frente a la criminalidad leve y media en Alemania¹⁵².

Esto se ha regulado de este modo para brindar la flexibilidad necesaria a la administración de justicia frente a ciertos casos que pueden considerarse “delitos de bagatela” o insignificantes, contra los que no existe interés público en la persecución penal [artículo 153. La aplicación del principio de Oportunidad queda en todo caso sometida a la aprobación de un juez.

¹⁵² StPO § 153. [Absehen von Verfolgung wegen Geringfügigkeit]. (1) Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind. (...)” Las itálicas no pertenecen al texto. Extraído de: www.menschenrechte.org/.../oportunidad-procedimiento-penal-colombia.ultima consulta 8 de diciembre del 2013.

El Principio de Oportunidad en el Derecho de México¹⁵³

El 18 de junio del año 2008, marcó un antes y un después en la forma de ver el sistema de justicia penal mexicano. Ese día se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) un Decreto a través del cual se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado “B” del artículo 123, todos ellos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Como consecuencia de este importante bloque de reformas constitucionales, se integraron diferentes figuras, principios y disposiciones, en unos casos de corte sustantivo y en otros de naturaleza procesal, que se suman a la profunda reestructuración de otros institutos ya previstos en la Constitución Federal y que, en conjunto o complementariamente con aquellas, vienen a dar cuerpo a un nuevo sistema procesal penal “acusatorio y oral”.

Uno de los más importantes ajustes constitucionales se trata del ejercicio de los “criterios de oportunidad” que, con carácter excepcional, permiten suspender, interrumpir o hacer cesar el “ejercicio de la acción penal pública”.

Con la inserción de los referidos “criterios de oportunidad”, se concede al titular de la acusación pública la potestad de optar por la “alternativa” de no poner en marcha la maquinaria procesal penal respecto de los autores de ciertos delitos considerados, especialmente, de menor lesividad. Dicha alternativa, no obstante, queda supeditada a que se colmen ciertas circunstancias y algunos requisitos previstos en la legislación procesal ordinaria sobre la materia. Así lo establece, como se decía, el párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución Federal.

El Principio de Oportunidad en el Derecho de Costa Rica¹⁵⁴

¹⁵³ Texto extraído de: www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/CRV-VI-03-13.pdf. Última consulta 8 de diciembre de 2013

¹⁵⁴ Extraído de: www.procuraduria.gov.do/Novedades/PGR-645.pdf. Última consulta 8 de diciembre de 2013

En Costa Rica, con la aparición del nuevo Código Procesal Penal de 1996, se implementaron los criterios de Oportunidad Reglados, tipificados en el Artículo 22, conteniendo cuatro presupuestos que refieren a los delitos de bagatela (hechos insignificante, exigua participación y mínima culpabilidad), la cooperación del imputado en la investigación que ayude a esclarecer el hecho investigado o vincular a otros imputados, siempre y cuando la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles, la pena natural, y las penas irrelevantes en comparación a penas más severas en sentencias firmes o en espera, o procesos extranjeros pendientes con penas más severas, considerados insignificantes.

El Legislador implementó los criterios de oportunidad extraídos de la Ordenanza Procesal Alemana en busca de una selección de delitos y de un sistema eficientista que le permita a los tribunales de justicia una mayor flexibilidad y celeridad en la tramitación de las acciones penales y confrontar el déficit de infraestructura penitenciaria.

La aplicación de los criterios de oportunidad exime al Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, de perseguir delitos que cobijan los presupuestos supra citado, en aras de un sistema judicial selectivo de la acciones penales, atendiendo las de mayor gravedad y desechando los insignificantes, con el fin de canalizar mejor los recursos en la investigación y en contra de la delincuencia.

Los criterios de oportunidad tienen como fin la creación de un sistema judicial selectivo de los delitos. Uno de sus presupuestos más cuestionados son delitos de bagatela referidos en el inciso a) del Artículo 22 C.P.P., que tiene como propósito de eximir de la persecución penal de los delitos insignificantes, exigua participación y mínima culpabilidad, centralizándose en los delitos graves, generando una impunidad sobre los hechos punibles que cobijan los presupuestos que lo componen.

11- Jurisprudencia. Comentario del Fallo. Caso Beloso.

En la jurisprudencia rosarina el tema de la Pena Natural fue aplicado para la resolución del caso “Beloso”, dónde el Juez de Sentencia N° 8, Dr. Carlos Carbone aplicó el criterio de oportunidad.

El magistrado aplicó en el caso el “criterio de oportunidad” autorizado por la nueva legislación penal de la provincia de Santa fe, que contempla entre otras situaciones, la anulación de un juicio cuando el imputado sufriera, como consecuencia del hecho delictivo, una consecuencia más grave que si le aplicaran la pena que correspondiere.

Hechos:

Un ladrón de 19 años que quedó parapléjico en un tiroteo no será condenado por la Justicia santafesina ante un pedido de la defensa para que se admita el “criterio de oportunidad”, de acuerdo a lo establecido en el Código Procesal Penal local vigente. Dicha regla habla de la desproporción existente entre el daño causado por el delincuente y el que él mismo sufriera.

El imputado protagonizó un robo con arma de fuego el 20 de mayo del 2008, en la zona norte de la ciudad de Rosario. Al salir del lugar del hecho se tiroteó con la policía, resultando gravemente herido en su columna vertebral, lesión que le produjo una paraplejia (parálisis total de los miembros inferiores, desde las tetillas para abajo).

El Dr. Carbone considera en su fallo que, tal como lo entienden la defensa y la fiscalía, corresponde aplicar lo que la doctrina jurídica denomina “pena natural”: aquella que se aplica cuando la sanción penal prevista en las normas resulta innecesaria o desproporcionada, ya que los fines de prevención de toda pena se cumplieron, por lo que no existe “necesidad” de pena porque el daño causado por el delito resultó infinitamente menor que el daño que padeció el acusado al cometerlo, apareciendo entonces desproporcionado aplicar otra sanción.

Al respecto el juez valoró la declaración de la víctima del robo, quien ante el tribunal manifestó su deseo de no continuar con reclamo alguno, teniendo presente el estado en que quedó el asaltante como consecuencia de su acto.

Caso archivado

El herido es Martín David Beloso, un rosarino de 19 años, que el día del hecho llevaba menos de un mes de cumplida la mayoría de edad. Fue procesado por el delito de “robo calificado, resistencia a la autoridad y portación y tenencia ilegítima de arma de guerra” y cumplió “prisión preventiva domiciliaria”

El juez Carbone resolvió archivar y declarar extinguida la acción penal al comparar los “seis años y ocho meses (que le corresponderían a Beloso) frente a tal deterioro de la salud que la comisión de ese hecho punible le trajo”.

Beloso “ha sufrido un impacto de bala en la columna vertebral que provocara severas heridas”, indicó el magistrado, que se valió de los informes médicos del Hospital Escuela Eva Perón de Granadero Baigorria donde el joven fue atendido. Además, los médicos forenses corroboraron que el disparo “daña el esternón y la columna a nivel de la 7ma. vertebra, lo que ha derivado en imposibilidades motrices serias conocidas como paraplejia”.

En términos gráficos, la paraplejia es una “parálisis total en los miembros inferiores, con parálisis desde las tetillas para abajo” que lo obliga a “la aplicación de vejiga neurogénica que requiere sonda vesical constante, colostomía, escarificación en la zona sacra y otros problemas como escaras por inmovilidad”, amplió el magistrado.

Ver Fallo Completo en Anexo de esta Tesis.

Resulta conveniente hacer mención de otro fallo, “en este caso configura excepción la resolución del Tribunal de Casación Penal de Bs. As. Sala II, del 16-08-07, que en causa 19007 revocando la condena con primer voto del Dr. Mahiques no aplicó pena al conductor del rodado por las lesiones causadas por imprudencia a su esposa e hijo, daños corporales de sus familiares “que le han significado una pena natural que excede con creces el desvalor de su actuación”

12- Consideraciones Finales

Dentro de este capítulo se desarrolló el origen, conceptos, argumentos jurídicos de la Pena Natural. Se trataron los diferentes principios, poniendo

especial énfasis en el Principio de Oportunidad, tratando las reglas de disponibilidad del Nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe.

Se desarrolló la Pena Natural como principio de Oportunidad. El mismo es imprescindible para la aplicación de la Pena Natural, atendiendo a los art. 40 y 41 del Código Penal.

En determinados hechos delictivos la pena que corresponde al imputado resulta innecesaria o desproporcionada, ya sea por el mal que sufre a nivel moral o físico, relacionándose con los principios constitucionales de humanidad y proporcionalidad de la pena.

El principio de oportunidad es entendido como la disponibilidad de la acción penal en torno a taxativas condiciones reguladas por ley, especialmente relacionadas con la política criminal estatal o el mejor interés de la justicia o la utilidad o conveniencia del ejercicio de la acción.

Podemos ver que desde el punto de vista penal, la pena natural pasa a constituir un grave daño en la salud psíquica o física de quién realiza un delito, que permite prescindir de la pena estatal para evitar que ésta se superponga a la padecida primariamente a raíz del hecho delictivo. Caso contrario el sufrimiento que implicaría la aplicación de la pena regulada desde el Estado, violentaría en el caso concreto, el principio de proporcionalidad que debe mediar entre el hecho y la pena, y el de humanidad, íntimamente ligado al anterior, ya que el autor del delito será reprimido penalmente en dos oportunidades y desigualmente.

Desde lo procesal, puede ser considerada como la posibilidad de prescindir o disponer de la acción procesal penal en la forma en que se advierta la concurrencia de una pena natural cuando sea evidente que la continuación del proceso y la eventual condena legal significarán un doble castigo para el delincuente. La pena natural es entonces, una causal más de oportunidad, para descartar el ejercicio de la acción procesal penal, brindando celeridad en la decisión final y economía en el proceso.

Dentro de la jurisprudencia se comentó el caso “Beloso”, dónde en la justicia rosarina se aplicó el criterio de oportunidad.

Capítulo V

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

SUMARIO: 1. Conclusiones generales. 2. Propuestas.

1- Conclusiones generales

1- Conclusión

Respecto a los Sistemas Alternativos de Solución al Conflicto Penal, tema del primer capítulo de esta tesis, el mismo fue tratado especialmente considerando que el sistema penal, se encuentra altamente impactado por el incremento de hechos delictivos, por lo que resulta imposible atender todas las denuncias, realizar los trámites correspondientes y llevarlas a una sentencia.

Es muy común escuchar críticas hacia el Poder Judicial por esta situación que la sociedad percibe como es la sobrecarga de los juzgados, y la insatisfacción de los intereses de las partes que se someten a juicio.

Se trató especialmente el Sistema de Mediación como facilitadora de los procesos de comunicación creando condiciones favorables para que la gente pueda resolver sus desacuerdos, construyendo realidades alternativas a las posiciones rígidas individuales.

Personalmente valoro posible el paradigma de la justicia penal restaurativa basado en el abordaje interdisciplinario del conflicto, la reparación de los daños causados a la víctima, la responsabilización del autor del hecho y la posterior reintegración al tejido social de un modo más positivo para él y la comunidad.

Al tratar la pena, primeramente se la conceptúa siguiendo la Real Academia Española, la cual la define como el castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o faltas. Para posteriormente conceptualarla de acuerdo a los criterios de los diferentes autores tratados.

En el desarrollo de La Regulación Argentina de Criterios o Reglas de Oportunidad y siguiendo lo expuesto por el Dr. Carbone, el nos dice que un elemento común en todos estos ordenamientos es que para arribar a tal decisión fiscal se propende la mediación, la conciliación y la reparación del perjuicio.

Respecto a las teorías de la pena, tema tratado en el capítulo II de esta tesis, estas expresan los puntos de vista que se encuentran vinculados en forma directa a las concepciones sobre la legitimidad del ius puniendi. Existen varias

teorías de la pena, pero en este caso se mencionaron las descriptas por Zaffaroni que son las teorías absolutas y relativas.

Dentro del capítulo III, se trató la Individualización de la pena, atendiendo a los distintos ámbitos: individualización legal, judicial y ejecutiva.

Se tuvo presente al desarrollar el capítulo la incidencia de las teorías de la pena dentro del tema que se desglosó.

Como bien sabemos el sistema penal debe contar con medidas que se apliquen a cada caso en particular, con la adecuada coacción, teniendo como finalidad reprimir la conducta del delincuente, pero considerando su reinserción social, para que de estas medidas aplicadas surjan efectos generales preventivos.

Cuando el juez aplique una pena lo debe hacer en términos de los artículos 40 y 41 del Código Penal. El Art. 40 nos dice que 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 art. 41 donde deberá tenerse presente:

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 del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso, atendiendo a los principios de Congruencia, Proporcionalidad y Humanidad que deben ser de base a toda coerción de corte penal.

El tema de la Pena Natural surge del capítulo II de las llamadas “reglas de disponibilidad”, artículo 19 inc.3 del Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe.

En este artículo el Nuevo Código viene a incorporar criterios de oportunidad que viene a excepcional el principio de legalidad, para evitar ocuparse de temas irrelevantes o que hacen innecesaria la aplicación de una pena, es decir que trae aquellos casos en que el Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal.

Textualmente dice: “Artículo 19 Criterio de Oportunidad. El Ministerio público podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal en los siguientes casos: ...Inc3: cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena, salvo que medien razones de seguridad o de interés público.

Para conceptualizar a este instituto se elige el concepto que nos da Zaffaroni.”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.

El daño debe ser grave, descartándose toda lesión leve e improbable. La gravedad puede venir de la entidad fáctica del perjuicio o de la repercusión perjudicial en el acusado, por lo tanto un padecimiento que sea irrelevante merecerá ser considerado como pena natural si está perjudicando la entidad psicosocial del sujeto o su trabajo.

En la jurisprudencia rosarina el tema fue aplicado para la resolución del caso “Beloso”, dónde el Juez de sentencia N° 8, Dr. Carlos Carbone aplicó el criterio de oportunidad.

Un punto interesante del tema es que en determinados hechos delictivos la pena que corresponde al imputado resulta innecesaria o desproporcionada, ya sea por el mal que sufre a nivel moral o físico, relacionándose esta con los principios constitucionales de humanidad y proporcionalidad de la pena.

Dentro del punto de vista procesal se encuentran los criterios de oportunidad, este instituto de gran importancia permite que un sujeto que por el delito cometido ya sufrió gravemente física y moralmente, (como en el caso Beloso, que el sujeto queda parapléjico), de tal manera que no pueda aplicársele una pena.

En la provincia de Santa fe, en el CPPSF; ley 12734, el art. 19 inc 3 como se dijo en párrafos anteriores trata la regla de oportunidad para ser aplicada a la

pena natural. De esta forma la normativa habilita al Juez a no continuar con la acción penal o en tal caso prescindir de ella, en dónde el imputado haya sufrido gravemente por el delito cometido.

Como todas las normativas, esta norma tiene su excepción que se encuentran en la seguridad y en el interés público. Si hacemos referencia a la seguridad pública tendríamos que tomar las situaciones dónde se observe que puede generarse un peligro en potencia, el cual llegue a afectar a distintas personas. Y haciendo referencia al interés público, aquí se refiere al interés de la comunidad en el esclarecimiento de delitos.

Podemos considerar a este instituto de gran utilidad para evitar la doble coerción estatal acomodando el mismo al criterio de oportunidad de nuestro CPPSF.

2- Propuestas

-Estimo conveniente la aplicación de la Pena Natural ya que la sanción prevista para una conducta delictiva puede resultar innecesaria o desproporcionada, sea porque los fines de la prevención especial y/o general contenidos en la pena ya se cumplieron o porque el daño causado por el delito resultó insignificamente menor al que padeció el autor por el mismo. Siempre relacionando este instituto a los principios constitucionales de Humanidad y Proporcionalidad de la Pena.

- Aplicar el instituto de la pena natural siempre que se dé el supuesto del artículo 19 inc3 del Nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe.

- Analizar los principales cuestionamientos realizados a este instituto al ser incorporado a un Código de forma.

- Considerar diferentes casos y observar si se compromete la Seguridad y el interés público, lo que puede llevar a la inaplicabilidad de la regla según el artículo que la reglamenta y definir los alcances de estos dos conceptos.

- Evaluar la necesidad de una posible reforma del Código Penal para regularla.

- Completar la legislación de nuestro país y de este modo hacer que la pena natural sea un instituto de aplicación a nivel nacional respetando el principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN)

Anexo

JUZGADO PENAL DE SENTENCIA EN LO PENAL DE SENTENCIA N ° 8 DE ROSARIO

RESOLUCION N° 244

Rosario, 4 de Junio de 2009

Y VISTOS: La presente causa con el Nro. 28/09 por las presuntas comisiones de los delitos de Robo Calificado, Resistencia a la Autoridad y Portación y Tenencia Ilegítima de Arma de Guerra, seguida a MARTIN DAVID BELOSO, argentino, nacido en Rosario el 06/04/1990, hijo de Oscar Bravo y de Ana Vicenta Beloso, soltero, desocupado, domiciliado en Vieytes 1580 de la ciudad de Rosario, que resultara indentificado con el Nro. de Prontuario 1488843, del cual:

RESULTA: Que se inician las presentes actuaciones como consecuencia del acta labrada por la preventora el día 20/05/08 que da cuenta que siendo las 20:00 horas de ese día son comisionados en la calle Baigorria y Medrano por otro personal policial que se hallaba en forma circunstancial y de civil, y al ser alertados por la víctima observa que se estaba produciendo un robo en el salón de ventas denominado Etcétera de calle Baigorria 1504, del cual salen dos personas las cuales al dárseles la voz de alto, lejos de acatar la orden, comienzan a disparar sus armas de fuego que al ser repelida la agresión culmina el enfrentamiento con uno de los asaltantes heridos en el piso, juntamente con el arma que se secuestra, en tanto que el otro autor logra escapar, pudiéndose secuestrar dinero en efectivo y diversos efectos dejados en el lugar, como relojes, bolígrafos, aros, pulseras, encendedores, un teléfono celular, etc., según da detalle la referida acta.

El herido resultó el acusado a quien se indaga – se abstiene de declarar- se procesa y se acusa por tal robo, habiendo testimonios en la instrucción que acreditan la comisión del hecho y posterior tiroteo en el que participó el acusado todo el grado de probabilidad propio de la instrucción.

Que así arriba el presente proceso al tribunal donde es imputado el llamado Martín David Beloso se encuentra procesado por los delitos de Robo Calificado, Resistencia a la Autoridad y Portación y Tenencia Ilegítima de Arma de Guerra –supuestos de los artículos 166 inc. 2 – 2do. párrafo, 42, 55, 239 y 189 bis inc. 2do. párrafo cuarto y 45, todos del Código Penal, según requiere la Fiscalía Nro. 11.- hecho acaecido en Rosario el 20 de Mayo del año 2008, a apenas días que el ahora procesado alcanzara la mayoría de edad para la Ley penal, estando al momento de la presente cumpliendo prisión preventiva domiciliaria por el cuadro que seguidamente se examinará. A su vez se archivó lo actuado respecto de las conductas desplegadas por el policial actuante (fs. 146) que participa en el hecho ocasionalmente estando franco y de civil al ver movimientos extraños en el negocio, máxime cuando la víctima les tira al salir a los asaltantes un rollo de papel para alertar a ese particular que estaba en la calle. La víctima luego escucha la voz de alto y un nutrido tiroteo con sonidos distintos.

Que en los presentes autos se ha acreditado que Beloso Martín David, a consecuencia de las circunstancias fácticas que motivan este proceso ha sufrido un impacto de bala en la columna vertebral que provocara severas heridas a consecuencia de proyectiles metálicos de arma de fuego que daña el esternón y en la columna a nivel de la 7ma. Vértebra, lo que derivado en imposibilidades motrices serias conocidas como paraplejia: parálisis totales en los miembros inferiores, con parálisis desde las tetillas para abajo, lo que determinara la aplicación de vejiga neurogénica que requiere sonda vesical constante, colostomía, escarificación en la zona sacra y otros problemas como escaras por inmovilidad, (fs. 141) acreditada suficientemente en todos los historiales clínicos del Hospital Escuela Eva Perón de Granadero Baigorria donde fuera atendido y agregados como cuerpo anexo en fotocopias a los presentes autos, como lo está así también en los precisos informes de los médicos forenses.

Así, obra principalmente el informe de fs. 141/142 donde además de lo apuntado se explicita que la lesión que origina la paraplejia es un shock medular a nivel de la 7ma. Vértebra dorsal, generado a partir de la fractura conminuta –en varios segmentos- de arco posterior de dicha vértebra con compresión de la médula espinal, lesión que genera pérdida funcional de ambos miembros inferiores así como su capacidad sexual, con postración definitiva, ya que a la fecha no existen tratamientos médicos ni quirúrgicos que permitan la resuperación medular perdida. Adicionalmente, este estado físico lo predispone a la instalación de úlceras de decúbito –escaras- con probables complicaciones infecciosas, como la sonda vesical posibilita las infecciones urinarias. Consta en este mismo informe forense suscripto por la Dra. Cavallini que todas estas infecciones producen un deterioro paulatino.

Amén de todo ello se verifica aún la gravedad del cuadro descrito en la misma constatación realizada por el tribunal constituido in situ en el domicilio del imputado de calle Vieytes 1580 de la ciudad de Rosario, Barrio La Cerámica, jurisdicción de la Seccional 30, en la fecha del 1ro. de Junio del cte.año, como consta en el Acta labrada al efecto rubricada por los participantes del acto a fs. 191.

Que en virtud de ello, atento la gravedad del cuadro, el profesional a cargo de la defensa, a cargo del Dr. Sergio Larrubia, ha solicitado a fs. 186 y 187 de autos la aplicación de las llamadas Reglas de Disponibilidad, consagradas en el art. 2 de la Ley 12.734, puntualmente, estima el curial que se adapta al cuadro sub examine el artículo 19 inciso 3 de la citada norma, - hoy vigente mediante la ley 12912- consecuencias del hecho sufridas que sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena, salvo que medien razones de seguridad o interés público.

Dictada la providencia de autos, y firme la misma, queda en definitivas el expediente para resolver.

Y CONSIDERANDO: Que el pedido de la tenaz defensa técnica en la persona del Dr. Larrubia debe prosperar, recordando que ya había sido objeto de similar planteo en la instrucción con magro resultado por cuanto la norma todavía no estaba vigente. Es admisible el mismo puesto que si bien se hace luego de admitida la requisitoria de elevación en contra de lo normado en el art. 4° del decreto 125/09, el tope surge para las causas iniciadas a partir del 15 de Febrero de este año. Lo que ha hecho la defensa es ejercer la opción prevista en el art. 4 último párrafo de la ley 12912 por las normas más favorables al imputado contenidas en esta ley aplicables a las causas anteriores a esta fecha y en trámite, en cuanto a la libertad, la extinción de la acción penal – este es el supuesto del caso – y amplitud de la defensa.

Si bien la doctrina en torno a la Derecho Penal, Parte General, sostiene que casos como el que nos ocupa debieron encontrar solución desde la dogmática penal por configurar una pena natural en el derecho de fondo resultando entonces la sanción penal prevista innecesaria o desproporcionada porque los fines de prevención de toda pena, sea especial o general se cumplieron; entonces no hay necesidad de pena porque el daño causado por el delito resultó infinitamente menor que el daño que padeció el acusado al cometerlo y/o la pena aparece como totalmente desproporcionada, lo que hace el tema íntegro (Zaffaroni, Alagia y Slokar “Manual de Derecho Penal” Ed Ediar pag. 739) No obstante los repertorios jurisprudenciales no son pródigos a la hora de reflejar estos casos. Configura excepción la resolución del Tribunal de Casación Penal de Bs. As. Sala II del 16-08-07 que en causa 19007 no aplicó pena al conductor del rodado por las lesiones causadas por su imprudencia a su esposa e hijo, daños corporales de su familiares “que le han significado una pena natural que excede con creces el disvalor de su actuación”

No obstante estos casos de pena natural también están ligados con el principio de humanidad porque en tanto contempla un mal grave que sufre el autor del delito, tal circunstancia si el estado aplica la pena legal estimada en su máximo de seis años y ocho meses frente a tal deterioro de la salud que la comisión de ese hecho punible le trajo al autor, alteraría ese principio de humanidad

La doctrina rosarina señala que este tema de la pena natural hizo pie en la propia Corte Suprema de Justicia in rer “Paupelis” del 14-5-91 (Fallos T. 314 pag. 424) al resolver – aunque en distinto supuesto - que la privación de los bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión del delito con relación al bien jurídico lesionado por el éste, resulta repugnante a la dignidad de la persona humana, agregando que en estos casos la pena se muestra desproporcionada (Baclini, Jorge “Código Procesal Penal de Santa Fe Ley 12734 Ed Juris Rosario 2009 T. I pag. 115)

Pues bien, nuestro nuevo sistema de proceso penal consagrado por la ley 12734 todavía no vigente en su totalidad pero si en cuanto al principio de oportunidad ha sido implementado en el código vigente mediante art. 10 II del CPPSF consagrando los criterios de oportunidad por el cual el Ministerio Público podrá no promover o como en el caso prescindir de la acción penal ya iniciada en diversos casos, entre los que se encuentra en el inc. 3 : cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés. (Erbeta, Orso, Franceschetti y Chiara Díaz “Nuevo Código Procesal Penal de Sta Fe comentado. Ley 12734. Ed Zeus, Rosario 2008 pag. 110)

Lo que ha hecho el legislador santafecino, de consuno con el bonaerense, mendocino, chubutense, etc es interpretar que el art. 71 del Código Penal cuando establece “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) las que dependan de instancia privada; 2) las acciones privadas” de modo distinto al que se venía haciendo en la tradición doctrinal y jurisprudencial penal argentina que indefectiblemente debía el estado promover la acción penal en relación a todos los delitos, - salvo aquellos señalados por el art. 71 del CP) y más aún: que esa acción penal no podía cesar, ni suspenderse, ni extinguirse por voluntad del estado ni de los particulares, salvo prescripción. Entonces se tuvo en cuenta las provincias no delegaron en la Nación la regulación de sus sistemas procesales y por tanto el Código Penal no podía establecer cómo ni cuando se ejercerían las acciones penales dentro de sus territorios y en consecuencia la expresión “deberán iniciarse de oficio” había de leerse en el sentido de que oficiosamente se iniciarían – ergo, sin necesidad de impulso de la víctima – pero cuando lo dispusieran los Códigos Procesales (Mensaje N° 3223 del 27/11/06 del Poder Ejecutivo a la H Legislatura de la Provincia de Santa Fe para la sanción de la ley 12.734 sancionada el 31/08/07)

Que si bien se registran opiniones en contrario que sostienen que tales criterios deberían regularse en el Código Penal y no el ritos procesales provinciales (De La Fuente, Javier y Salduna Mariana “ Principio de oportunidad..La inconstitucionalidad de su regulación provincial” en Revista de Derecho Procesal Pena Dirigida por Edgardo Donna, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008 IN° 2008-2 pag. 69) el suscripto comparte la tésis sentada en autos “Fiscal v. Sosa Moran, Juan Rafael y otros” resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 2ª, del diecinueve de septiembre de dos mil cinco, que consagra la constitucionalidad de las normas de oportunidad reglada en los códigos rituales provinciales en defecto de norma idéntica del Código Penal.

Así lo entendió la Sra. Fiscal Graciela Argüelles al contestar la vista corrida porque el profesional solicitó el criterio de oportunidad ante este juzgado y directamente ante el fiscal como pide la norma- peticionar la prescindencia de la acción penal, previa comunicación a la víctima (Art. 10 IV

del CPPSF) respecto de la reparación del daño o firmando acuerdo con el imputado en tal sentido como lo prescribe el art. 10 II inc. 3 último párrafo del CPP (texto ley 12912/08 ordenado por decreto 125/09) si bien el suscripto estima que en el caso concreto este requisito legal es excesivo (Confr. Baclini, op cit pag. 116) no obstante como el criterio de oportunidad es decisión exclusiva del fiscal, un desacuerdo en este sentido no impedirá la extinción de la acción penal, porque la víctima tiene 60 días desde que se la notifique de la extinción de la acción penal para iniciar acción privada mediante querrela para perseguirlo privadamente por dicho delito según el art. 10V del CPPSF convirtiendo la acción pública referida, en un procedimiento que contraría totalmente lo normado en el art. 73 del CP que norma taxativamente que acciones privadas y que seguramente traerá impugnaciones sobre su constitucionalidad en lo sucesivo.

Si bien no está previsto para el caso, fue convocada la víctima a audiencia oral y pública – estuvo presente su hija – y no anunciada mediante un simple traslado o notificación del pedido fiscal, a tenor del principio de la oralidad, publicidad, simplificación y celeridad del art. 1° III del CPPSF por cuanto “deberá ser oída pudiendo formular oposición” (art. 10 IV CPPSF). La Sra. Susana nos dio muestra de civismo, de solidaridad, de “humanidad” – precisamente de consuno con el principio que alienta esta solución procesal – al expresar que pese a sus sentimientos de víctima – no solo robada en lo material sino avasallada y menoscabada en lo espiritual por el solo hecho haber sufrido el delito, armas de fuego exhibidas por dos delincuentes y comprensible en profundidad por quien ha sido también afectado por el delito- refiriendo que no puede olvidarse el momento sufrido, no dudando que si hubiere hecho algún movimiento en contra de los designios de asaltantes sería ella la herida o muerta. Pero que dado las consecuencias que le produjo este delito al acusado, estima aún que el estado de salud del acusado excede en “justicia” lo que padece con relación al delito cometido, y que pese a no recuperar parte de lo robado - estimado en unos quinientos pesos- porque se lo llevó el cómplice - aún prófugo y sin identificar- es su deseo no efectuar reclamo alguno en este sentido, máxime habiéndose enterado en el barrio que su madre trabaja y que parte del sustento lo destina precisamente a los cuidados de su hijo, dando “su consentimiento que para que extinga la acción penal” luego de explicados sus alcances.

La ley no aclara si situaciones como la presente convalidan a la víctima a perseguir penalmente por el novedoso expediente de convertir la acción penal pública archivada, en acción privada mediante el procedimiento de la querrela (Art. 10 V del CPP) no obstante haber dado su acuerdo para lo contrario y que no desea ninguna reparación. A mayor abundamiento se ha dicho que cuando la víctima haya sido reparada o renuncie a la reparación y como en el caso acuerde la extinción de la acción y querrela luego, cuanto menos sería una violación al principio de los actos propios que reprime la conducta procesal cuando es contradictoria con otra anterior (Superti, Raúl “ El Ministerio Público Fiscal en su nuevo rol. El principio de oportunidad” Conferencia pronunciada el día Miércoles 27 de Mayo de 2009 en el Curso de Especialización en Derecho Procesal Penal Estudio del Código Procesal Penal de Transición: Problemas y estrategias para litigar celebrado Universidad Abierta Interamericana de Rosario)

Así las cosas resta analizar el tipo de control que en la actual coyuntura debe ejercer el Juez de Instrucción ya que la ley no aclara los alcances de la potestades del juzgador, sino que dice si el tribunal “admitiere” el criterio referido.

Debe aclararse que en el nuevo sistema parece aclararse el panorama por cuanto el fiscal es el encargado de la instrucción, el ejerce la acción, instruye y de modo coherente la hace cesar, siendo acorde entonces que el juez de la investigación se limite a hacer un control formal, de la legalidad y no del mérito de la decisión del fiscal, aunque deba si merituar las razones de interés público o seguridad cuanto mucho.

En la actual transición que la instrucción sigue a cargo del juez instructor, aparece en ella como una cuña la facultad fiscal de solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad, pero entendemos que aún en este sistema, el control de instructor debe ceñirse a la legalidad del caso (existencia y tipicidad del hecho y su encastre en algún supuesto reglado) y a lo sumo al análisis de aquellas circunstancias respecto si mediaren razones de seguridad o interés público. Esta frase trae sus problemas porque todo delito compromete estos bienes lo cual llevaría a la inaplicabilidad de la regla. Creemos que este control de ponerse un óbice, debe ser excepcional, y deberá ser debidamente fundado siempre y cuando sea protuberante, extremos que no se dan autos: el caso concreto solo podrá mostrar y acreditar que se comprometen estos valores sociales.

No puede dudarse en modo alguno que el estado físico del acusado producto del balazo que sufrió con motivo del robo con arma de fuego emprendido es de una magnitud no solo grave sino irreversible; tampoco que su inmovilidad desamerta cualquier razón de seguridad o interés público que conspire contra el fin abrupto de esta causa, como lo ha comprobado este magistrado al entrevistar personalmente al acusado en su casa junto a la defensa. Lo que hace que solo deba analizarse el peligro para la seguridad de modo potencial (Erbetta, Orso y Francescheti “CPPSF Análisis y comentario de la implementación progresiva de la ley 12734 según texto vigente ley 12912 t.o decreto 125/09” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009 pag. 91) el que no se vislumbra en autos habiendo informado la víctima que no recibió molestia alguna desde el día del hecho hasta la fecha. Respecto del interés público, debe tratarse como señala la doctrina recién citada un interés general relevante dado la excepcionalidad del Derecho Penal que tampoco se compromete con lo decidido Es de esperar que la propia fiscalía meritúe que no se afectan estos bienes en su pedido, si bien cuando

nada dice, implícitamente desestima estos óbices, . Por tanto se debe admitir el criterio de oportunidad de consuno con lo normado en el art. 10 V archivándose la causa, en virtud que consecuencias del hecho sufridas antes descriptas por la comisión del delito de robo calificado por el que se lo acusa son de tal gravedad que tornan innecesaria o desproporcionada la aplicación de la pena y no median razones de seguridad o interés público.

FALLO: I) Admitir el criterio de oportunidad impetrado por la Fiscalía N° 4 con base en el art. 10 II inc. 3 del CPPSF (pena natural) en la presente causa y por tanto archivar la causa y declarar extinguida la acción penal instaurada contra MARTIN DAVID BELOSO, con demás datos identidad ut supra consignados, por el delito de robo calificado por uso de arma de fuego.- II) Regulando los honorarios profesiones del Dr. Sergio Larrubia en la suma de 20 unidades de Jus equivalentes a \$ 3.235.- (pesos tres mil doscientos treinta y cinco, con veinte centavos) atento a lo normado por la Ley 6767 y modificatoria Ley 12851 y decreto 1393 de fecha 5/06/2008 - con última actualización del 13-3-09 - fijando a los fines de la actualización de honorarios un interés equivalente a la tasa pasiva promedio mensual que el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. aplica en sus operaciones a plazo fijo, con noticia a la Caja Forense. Insértese y hágase saber. Firme que quede la presente, practíquese cómputo de la pena y remítase al Juzgado de Ejecución que corresponda. III) Oportunamente, poner a disposición de la Corte Suprema a los fines de su entrega al Ministerio de Gobierno (Acordada CSJSF 11/8/66, art. 7) el revolver calibre 38 plateado sin número ni marca secuestrado en autos, procediendo a la destrucción de los proyectiles, plomos y vainas secuestradas y entregar a Armería Central de la Jefatura de Policía de la UR II la pistola calibre 9 mm con cargador N° 4400835 de uso oficial y secuestrada en autos. Insértese y hágase saber

Dr. Sergio Donato Secretario

Dr. Carlos A Carbone
Juez Penal de Sentencia N° 8

Bibliografía

A- General

- ❖ Higton, Elena I., Alvarez, Gladys S., Mediación para resolver conflictos .Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.
- ❖ Jakobs, Günter. Derecho Penal. Parte General. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1995
- ❖ Maier, Julio: Derecho Procesal Penal: I Fundamentos.2da ed. Bs. As.: Editores del Puerto SRL; 2004.
- ❖ Maier, Julio: Cuestiones Fundamentales sobre la libertad del imputado. Editorial Lerner. Bs.As. 1981
- ❖ Mir Puig, Santiago: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría del delito. 2da.edición. P.P.U., Barcelona. 1985
- ❖ Prunotto Laborde; Adolfo: Mediación penal. Editorial Juris, Rosario, 2006
- ❖ Zaffaroni, Eugenio Raul: Manual de Derecho Penal: parte general. 6ta ed. Bs. As.: Ediar S.A; 1998.

B- Especial

- ❖ Bacigalupo, Enrique: Principios constitucionales del derecho penal. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.1999.
- ❖ Erbetta, Daniel; Orso, Tomás; Franceschetti, Gustavo; Chiara Diaz, Carlos: Nuevo Código Procesal Penal de La Pcia. de Santa Fe comentado Ley 12.734; Rosario: Zeus SRL; 2008.
- ❖ Fontán Balestra. Derecho Penal. Introducción y parte general. Abeledo - Perrot. Décimo sexta edición. 1998.
- ❖ Neuman Elías, “Mediación penal”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005
- ❖ Neuman Elías “Mediación y Conciliación Penal”. Editorial: Depalma, Buenos Aires, 1997.

- ❖ Righi, Esteban y Fernández, Alberto. Derecho Penal: La ley, el delito, el proceso y la pena. Bs. As.: Hammurabi; 2005.
- ❖ Righi, Esteban: Teoría de la Pena. Bs. As. Hammurabi. 2001.
- ❖ Roxin, Claus: Derecho Procesal Penal. Editorial Del Puerto. Bs. As. 2000
- ❖ Roxin Claus: Derecho Penal. Parte General. Editorial Civitas. Madrid. 1997. Tomo 1.

Artículos

- ❖ Diario La capital, del 17 de noviembre del 2013. Pág 40
- ❖ Revista de Derecho Penal Integrado, Año IV, N° 7, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, pág.198 y ss.
- ❖ Razón y Justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 4, N° 6, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2002
- ❖ Carbone, Carlos: La Pena Natural como Regla de Oportunidad en Los Principios Políticos del Proceso Penal.

Páginas Web Consultadas

- ❖ Consejo Permanente de la OEA. Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los países americanos. Disponible en: www.oas.org/consejo/sp/cajp/docs/cp09044s04.doc
- ❖ Resolución Alternativa de Conflictos. Estado actual en el panorama latinoamericano. Disponible en: ElDial.com. Biblioteca Jurídica. www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina-detalle-tc.asp?
- ❖ Sobre prácticas y escenarios: Disponible en: www.revistalatrampa.com.ar.
- ❖ Nuevo Sistema Procesal Penal. Antes y después en la Justicia Santafesina. Nota disponible en: www. www.rosario3.com
- ❖ El Principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia. Disponible en: www.menschenrechte.org/.../oportunidad-procedimiento-penal-colombia.
- ❖ El Principio de Oportunidad en México. Disponible en: www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/CRV-VI-03-13.pdf
- ❖ El Principio de Oportunidad en Costa Rica. Disponible en: : www.procuraduria.gov.do/Novedades/PGR-645.pdf

ÍNDICE

1. Resumen	2
2. Estado de la Cuestión.....	3
3. Marco Teórico	8
4. Introducción.....	11

CAPÍTULO I

SISTEMAS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO PENAL

1. Introducción.....	14
2. El concepto de Mediación	14
2.1-Acerca de la Mediación	15
3- Ventajas del Sistema de Mediación.....	16
4- Desventajas que se presentan dentro del Sistema de Mediación.....	17
5- El Conflicto y la Mediación en el Ámbito Penal.....	18
5.1- El Conflicto	19
5.2- La Mediación como medio de resolución de Conflictos de Índole Penal	21
6- El Procedimiento de Mediación en nuestro ordenamiento jurídico	27
7- Consideraciones Finales	30

CAPÍTULO II

LOS SISTEMAS DE REACCIONES PENALES

1. Introducción.....	33
2-Los instrumentos de que dispone el Derecho Penal.....	33
3- La Pena	34
4- Teorías de la Pena.....	35
4.1-Las Teorías Absolutas.	35
4.2- Las Teorías Relativas	35
4.3- Las Teorías Mixtas	36
5- La Medida de Seguridad.....	36
5.1- Diferencias entre Penas y Medida de Seguridad.	37
5.2- El Sistema Vicarial. ...	39
5.3- Legitimidad de la Medida de Seguridad.....	40
5.4- El principio de Proporcionalidad.....	42
5.5- Medidas de Seguridad Criminales y Administrativas	43
6- La Reparación como Tercera Vía.....	44
6.1-La Reparación de la Víctima	44
6.2- Objeciones que se formulan a la Tercera Vía.....	45
7- Consideraciones Finales	47

CAPÍTULO III

LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

1. Introducción.....	49
2. Ámbitos de individualización de la Pena	49
3. Individualización Legal	50
3.1- La Reincidencia	52
3.2- Objeciones	52
3.3- Clases de Reincidencia	53
4- Individualización Judicial.....	54
4.1- El Marco Legal y las Pautas Legales.....	54
4.2- La condena de Ejecución Condicional	55
5- Individualización Ejecutiva	57
5.1- El Predominio de la Prevención Especial.....	57
5.2- La Ejecución de la pena privativa de libertad	58
5.3- La crisis del ideal de resocialización.....	59
5.4- La Libertad Condicional.....	60
5.4.1- Concepto.....	60
5.4.2- Su Fundamento	61
5.4.3- Los requisitos de su otorgamiento	61
5.4.4- Acerca de los requisitos de su mantenimiento	61
5.4.5- La Revocación.....	62
5.4.6- La libertad condicional de condenados a reclusión por tiempo indeterminado	62
6- Consideraciones Finales	

CAPÍTULO IV

LA PENA NATURAL

1. Introducción.....	66
2- Origen	66
3- Concepto.....	67
4- Argumentos Jurídicos para la valoración de la Pena Natural.....	68
4.1- Principio de Humanidad	69
4.2- Principio de Culpabilidad	69
4.3- Principio de Proporcionalidad	70
4.4- Atendiendo al art. 41 del Código Penal.....	71
4.5- El Criterio de Oportunidad.	72
5- Las reglas de disponibilidad del Nuevo Código Proc. Penal de Santa Fe ..	73
6- Distintos Modelos de Oportunidad.....	74
7- La regulación Argentina de Criterios de Oportunidad	76
8- La Pena Natural como Principio de Oportunidad	79
9- Trámite de las Reglas de Oportunidad y Escucha de la Víctima	80
10- La Pena Natural en el Derecho Comparado	82
11- Jurisprudencia.....	86
12- Consideraciones Finales	87

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES FINALES

1. Conclusiones.....	90
2. Propuestas.....	93
3- Anexo.....	94
4. Bibliografía.....	99
4.1Bibliografía General.....	99
4.2 Bibliografía Especial.....	99
4.3. Artículos.....	100
4.4- Páginas Web consultadas.....	100