



# Módulo 2

## INTRODUCCIÓN AL MÓDULO

---

### Introducción

## UNIDAD 5: PENAS PRINCIPALES

---

### Introducción a la unidad

### 5.1 Consecuencias penales

### 5.2 Pena

### 5.3 Medidas de seguridad


### 5.4 Referencias

## UNIDAD 6: PENAS ACCESORIAS


---

### Introducción a la unidad

### 6.1 Inhabilitación Accesorias



## 6.2 Decomiso



## 6.3 Referencias

### UNIDAD 7: MEDIDAS DE SEGURIDAD

---



## Introducción a la unidad



### 7.1 Concepto y naturaleza



### 7.2 Las Medidas de Seguridad en el Derecho Argentino



### 7.3 Referencias

### UNIDAD 8: MEDIACIÓN PENAL Y SOLUCIONES ALTERNATIVAS

---



## Introducción a la unidad




### 8.1 Introducción



### 8.2 Trascendencias



### 8.3 Viabilidad y objeciones de la mediación en materia penal



### 8.4 Especial Referencia a la Mediación Penal Juvenil

### UNIDAD 9: SUSPENSIÓN DE JUICIO A PRUEBA

---




## Introducción a la unidad




### 9.1 Concepto y antecedentes



### 9.2 Regulación Legal


 **9.3 Solicitud de la suspensión de juicio a prueba**

 **9.4 Pena de Multa conjunta o alternativa**

 **9.5 Referencias**

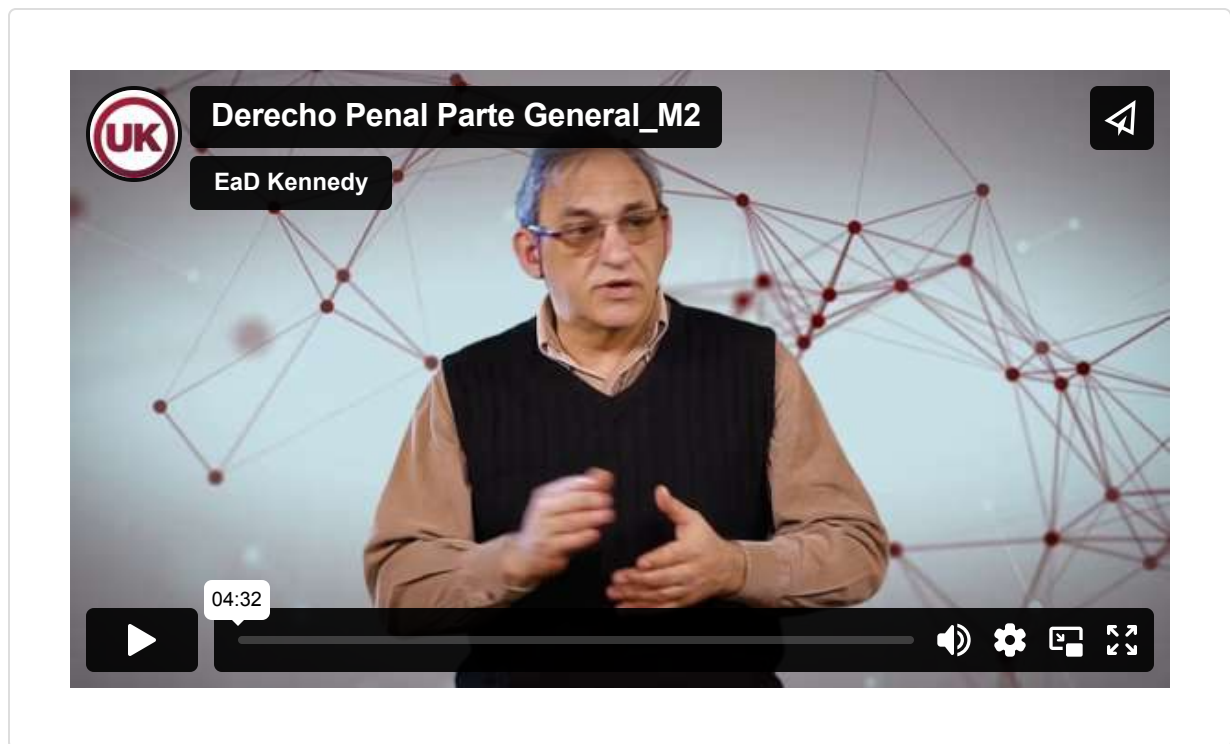
**CIERRE DEL MÓDULO**

---

 **Descarga del contenido**

# Introducción

---



## Contenidos del Módulo

### Unidad 5- Penas Principales

#### Tema 1: Consecuencias Penales

Tema 2: Pena

Tema 3: Medidas de Seguridad

Referencias

## **Unidad 6- Penas Accesorias**

Tema 1: Inhabilitación Accesorio

Tema 2: Decomiso

Referencias

## **Unidad 7- Medidas de Seguridad**

Tema 1: Concepto y naturaleza

Tema 2: Las Medidas de Seguridad en el Derecho Argentino

Referencias

## **Unidad 8- Mediación penal y soluciones alternativas**

Tema 1: Introducción

Tema 2: Trascendencias

Tema 3: Viabilidad y objeciones de la mediación en materia penal

Tema 4: Especial Referencia a la Mediación Penal Juvenil

### **Unidad 9- Suspensión de Juicio a Prueba**

Tema 1: Concepto y antecedentes

Tema 2: Regulación Legal

Tema 3: Solicitud de la suspensión de juicio a prueba

Tema 4: Pena de Multa conjunta o alternativa

Referencias

---

## Introducción a la unidad

---



### Penas Principales

---

**De aquí en adelante, nos ocuparemos de las consecuencias del delito, según lo regulado en nuestra legislación positiva vigente.**

# Contenidos de la Unidad

1 Consecuencias penales

2 Pena

3 Medidas de seguridad

4 Referencias

## Comenzar la unidad

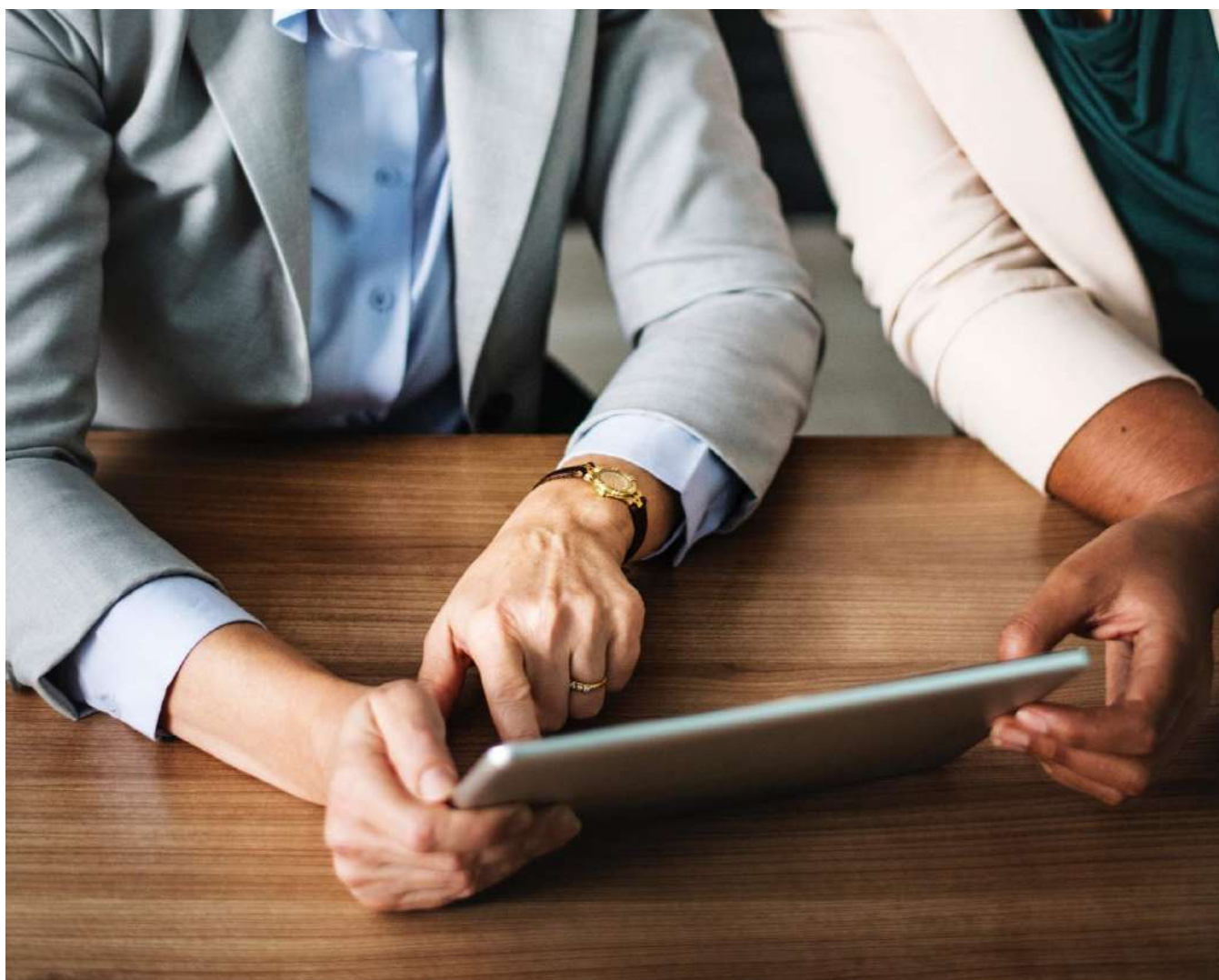
Te invitamos a recorrer el contenido de la unidad.

[IR AL CONTENIDO](#)



## 5.1 Consecuencias penales

---



Se pueden agrupar a las consecuencias jurídicas del delito penal en dos grandes núcleos, y cada uno de ellos, en subgrupos, a saber:

### **Consecuencias Penales:** —

Son las consecuencias retributivas (represivas) propiamente dichas. Aquí subdividiremos el trabajo en:

1. Pena: penas principales, accesorias, alternativas e Incapacidades Civiles; y
2. Medidas de Seguridad: tuitivas, reeducadoras y segregatorias.

### **Consecuencias civiles:** —

Son las de carácter patrimonial (material y moral -que siempre genera el delito-) y que se subdividen en:

1. reposición al estado anterior a la comisión del delito (restituciones y demás medidas necesarias).
2. indemnización por daños materiales (eventuales) y moral.

## 5.2 Pena

---

---

**Es la consecuencia principal del delito penal en la mayoría de los sistemas penales del mundo, pero a la vez, se podría decir (volviendo al capítulo I) que es el término referencial de nuestra rama jurídica (cuya denominación se efectúa a partir de ella); viene del latín *poena* y del griego *poiné*.**

### Definiciones

Como en otros casos, reproducimos las definiciones de diversos autores:

Núñez: la pena es el mal consistente en la pérdida de un bien que se le impone al reo como retribución por haber violado el deber de abstenerse de cometer un delito.

Soler: Es un mal amenazado primero y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico y cuyo fin es evitar los delitos.

Carrara: el mal que, de conformidad con la ley del estado, infligen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito, habiéndose observado las debidas formalidades.

Mezger dice: en sentido amplio, la pena abarca todas las consecuencias jurídico-penales del hecho punible, esto es, las consecuencias reguladas por el derecho penal. "En sentido estricto, la pena es, según el derecho en vigor, la imposición de un mal proporcionado al hecho, o lo que es lo mismo, la privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido[1].

Roxin: La pena es la sanción que "merece" el delincuente a causa de su delito (y la gravedad del mismo), que, medida respecto de su culpabilidad, persigue esencialmente un fin político-social: la prevención general, mediante la intimidación general y la reafirmación del orden normativo y su fidelidad por parte de la comunidad[2].

## Teorías sobre la naturaleza y el fin de la pena

Ya estudiamos (en la evolución del derecho penal) que en principio existió la venganza (privada y luego pública). La evolución llevó al Talión, pasando por la composición, la de la proporcionalidad entre mal causado y castigo. Roma y Grecia recogen en manos del Estado la potestad punitiva en forma gradual y creciente, hasta llegar en una etapa más reciente (desde la codificación) al monopolio estatal de determinar cuáles son los delitos y las penas que corresponden en cada caso.

Ahora, recién a partir del iluminismo, comienzan a fundamentarse o definirse racionalmente la naturaleza de las penas, surgiendo la necesidad de su conceptualización.

## Teorías absolutas

Basadas en el principio esbozado por Séneca "punitur quia peccatum est" (se pena porque se ha delinquido), sostienen que la pena es un mal que sigue necesariamente al delito como un efecto suyo que se justifica en y por sí misma. Será justa si subsigue de inmediato a la lesión que la causa (delito), como lo enunciaba Beccaría en 1760. Dentro de este criterio general encontramos las tesis de la reparación y de la retribución.

1

Tesis de la reparación (Kohler). Sostienen que la pena tiende a reparar el mal causado por el delito en la misma voluntad viciada del autor; es decir, a reparar esa voluntad purgándola de su vicio. Entonces, la pena es expiación y purificación de la voluntad inmoral que hizo nacer el

crimen. Se justifica su aplicación en la necesidad de que mediante el sufrimiento se recupere la moral viciada del delincuente.

2

Tesis de la retribución. La pena es el mal con que se retribuye al autor el mal que ha causado con su delito. Nace del principio "al bien le sigue el bien y al mal el mal" (Vergeltung). Supone un orden establecido de leyes, una acción que infringe el orden y una sanción consecuente que reafirma ese orden. Se subdividió en:

- Teoría de la retribución divina: El que delinque ofende a Dios, según San Pablo. Con algunos matices para evitar los abusos del Estado, es sostenida desde Santo Tomás a Sthal, quienes ven a la pena desde su visión religiosa como castigo o retribución divina.
- De la retribución moral: Conforme a las reglas de la ética y las exigencias de la conciencia moral, el mal debe ser compensado en igual medida con el mal. Se la sostiene desde Platón en adelante, Santo Tomás, Grocio, Leibniz y remata en la obra de Kant, quien rechaza toda idea utilitaria de la pena, ya que no puede ser tomada como instrumento para demostrar la utilidad de la justicia. El hombre (decía) debe ser considerado como persona, libre y responsable, y consecuentemente punible.
- De la retribución jurídica: Hegel perfecciona la anterior teoría al separar mejor el derecho de la moral y fundar la pena en razones filosóficas más aceptables. Siguiendo un método dialéctico, sostiene que el delito pretende la negación del orden jurídico (y la reafirmación de la libertad del delincuente). Como consecuencia, la pena es la negación de esa negación. En otras palabras, la pena es la reafirmación de la omnipotencia del orden jurídico, que debe ser inatacable para los componentes de la sociedad. Entre sus primeros seguidores, se menciona a Pessina, Binding, Rossi y Pessina (entre otros).

## Teorías relativas

Basadas en el principio “punitur ne peccetur” (se pena para que no se delinca), son aquellas que sostienen que la pena no se justifica en sí misma, sino por finalidades que le son trascendentes (es decir, que están fuera de la pena misma). La pena no se agota en sí, sino en las finalidades que se persiguen con ella. Esas finalidades pueden ser de prevención general o de prevención especial y le otorgan un carácter trascendente a la pena, que ya no agotará en sí misma.

Con más precisión, las distintas opiniones sostienen que la imposición de la pena es un acto estatal y por ende, como toda manifestación del poder estatal, debe propender o encaminarse al bien común (concepción utilitaria). No se concibe que el Estado cause un mal por el mal mismo. Lo hace con fines superadores, útiles: a) la recuperación individual del reo (prevención especial positiva); b) refrenar el crecimiento del delito en la sociedad (prevención general negativa), c) generar conciencias apegadas a derecho o motivadas en favor de este (prevención general positiva).

a) Teorías contractualistas: Bajo la influencia de Rousseau, es esbozada en principio esta postura por Beccaría. Se sostiene que al realizarse el Pacto Social (por la necesidad de los hombres de asociarse) ceden al Estado parte de su soberanía o libertad en una cuota indispensable (mínima) al Estado, para que este garantice la libertad y la seguridad general. La suma de estas cesiones de cada uno conforma el derecho de castigar. Es en realidad una postura de defensa social.

Pero Beccaría además formula una serie de principios o dogmas que hasta hoy resultan orientadores:

1. La pena para ser justa debe subseguir inmediatamente al delito;
2. Las penas no deben ser atroces ni atormentar al delincuente, sino proporcionales al daño ocasionado;
3. La pena de muerte es inútil y moralmente repugna a los pueblos civilizados;
4. La tortura y los tormentos son propios de enfermos patológicos;
5. El Derecho es esencialmente coercible. Derecho y fuerza no son términos que se oponen, sino que esta última es la modificación de aquel en utilidad del mayor número (del bien común).
6. La justicia es el vínculo necesario para mantener unidos los intereses particulares;
7. Las leyes deben ser escritas y conocidas por todos.
8. Las leyes deben ser iguales para todos y aplicárselas sin privilegios.

b) Del escarmiento. Propugnaba la ejecución pública de las penas y cuanto más atroces más efectivas para escarmentar y amedrentar a la sociedad. A esta idea se oponía Beccaría.

c) De la prevención general. Le asigna a la pena la finalidad de procurar prevenir a quienes no han cometido delitos, para que no los cometan. Al imponerse la pena se muestra a los súbditos del Estado las consecuencias que se derivan de la realización de un delito.

Pero a su vez, esta teoría puede ser enfocada:

c-1) desde un punto de vista negativo se subdividió en: de la coacción psíquica general, según la elaboró Feuerbach, para quien la pena en abstracto (conminada en la ley) actuará a modo de coacción psicológica, social o general, colaborando para evitar la comisión de delitos. Su posterior aplicación confirmaba la gravedad y seriedad de la amenaza legal. Pero este sistema puede funcionar solo si los procesos y las penas se hacen públicos. Adhirieron Pufendorf y Romagnosi.

c-2) Desde un punto de vista positivo (o integradora). Es positivo, porque se busca demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico, reforzando la confianza jurídica de una sociedad (Hegel).

Sin embargo, para que esta postura se concrete, la justicia (como sistema) debe realizarse regular y eficazmente, o, como dice Roxin, el derecho penal debe aplicarse efectivamente, pues de lo contrario no genera confianza alguna, por más grave que sean las penas. Según Buteler y Jakobs también parte de una consideración preventivo-general respecto de la naturaleza de la sanción penal (teoría funcionalista). Y en esto siguen coincidiendo estos autores actuales con el postulado de Beccaría (justicia rápida, subsiguiente y medida -no atroz-). Claro que esta necesidad de hacer conocer los efectos del delito a la sociedad (para que funcione como prevención general) podría implicar convertir al delincuente en un instrumento al servicio de la propaganda del sistema penal, sin respeto alguno por su dignidad (que en parte es lo sostenido por Jakobs).

d) De la prevención especial o individual. Para esta postura, la pena busca o persigue en el delincuente (cuando se le asigna la condena) la finalidad de procurar que no vuelva a cometer ese u otros delitos, sea mediante la llamada resocialización o rehabilitación. Sus máximos exponentes fueron Von Liszt y Grolman.

e) Correccionalista. Röeder, que adhiere a la teoría anterior, sigue avanzando y en particular termina desarrollando lo que se llamó la Teoría Correccionalista, basada en la postura de que el Estado debe hacerse cargo de la corrección del delincuente, de su readaptación[3].

Carrara criticaba esta última posición cuando decía que si bien era utilísimo corregir al reo, esa es una finalidad estrictamente ajena al derecho penal. Mezclar la función punitiva con la correctiva es una contradicción insalvable. Decía: "En puridad de concepto penar significa castigar y esto es infligir un mal. Corregir es hacer un bien. Una y otra cosa no puede ser la misma. En todo caso, la segunda (corrección) subsigue a la primera. Se castiga por el mal causado, por necesidad de evitar el peligro social y por reverencia a lo justo. Pero luego, por piedad humana, por caridad hacia el semejante, la sociedad trata de recuperar al delincuente. Ningún reo en su sano juicio admitiría que con el mal que le causa la pena se siente a gusto porque se lo está corrigiendo". Coincide Ferrajoli en cuanto a lo peligrosas que son las teorías que presentan a la pena como "un bien" que se hace a su destinatario[4].

## **Teorías mixtas o eclécticas**

Son aquellas que sostienen que aunque el concepto de pena participa del carácter absoluto (es decir, la pena es retribución) sus finalidades exceden ese concepto y son de carácter utilitario. O sea, la pena es retribución, pero se dirige a algo más que a la pura retribución (es decir, a la prevención).

Al respecto, vale señalar las palabras de Santiago Mir Puig al desarrollar la construcción de las tres fases esenciales de la vida de la pena, según Roxin: "la conminación legal, la aplicación judicial y la ejecución de la condena. A cada uno de estas etapas corresponde una respuesta distinta a la cuestión de la función de la pena, pero de tal modo que cada una de ellas se halla estrechamente relacionada con las anteriores. La formulación de Roxin recibe el nombre de "teoría dialéctica de la unión" porque acentúa lo antitético de los diversos puntos de vista e intenta reunirlos en una síntesis.

Roxin ofrece la respuesta siguiente: la función de la pena es en el momento legislativo la protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, protección que solo podrá buscarse a través de la prevención general (positiva y/o negativa) de los hechos que atenten contra tales bienes o prestaciones. Al ser la ley anterior al delito, no podría ser medio de retribución de este ni de prevención especial del delincuente. La ley penal solo puede, pues, dirigirse a la colectividad intentando la prevención general, pero no como finalidad vacía, sino solo como instrumento al servicio de la función de protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas fundamentales.



Al segundo momento de la realización del Derecho Penal, el de la aplicación judicial, corresponde, en primer lugar, servir de complemento a la función de prevención general propia de la conminación legal: la imposición de la pena por el juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta expresada por la ley. Pero en la medición de la pena el juez debe someterse a una limitación: la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor. De lo contrario, el autor sería utilizado como medio para los demás. Este es el único aspecto de la retribución que admite este autor, que, en cambio, rechaza abiertamente la otra exigencia del retribucionismo de que la pena no pueda ser inferior a lo que imponga la culpabilidad.

Por otra parte, la imposición judicial de la pena servirá también a la prevención especial (negativa).

Finalmente, la última fase en la vida de la pena, la de ejecución, servirá a la confirmación de los fines de los momentos anteriores, pero de forma que tienda a la resocialización del delincuente, como forma de prevención especial (positiva)"[5].

---

## 5.3 Medidas de seguridad

---

### Penas Principales

Nuestra legislación penal prevé distintas modalidades de penas principales y tres accesorias:

- a) Penas restrictivas de la libertad, en las que el mal infligido al reo se reduce a restricción de la libertad ambulatoria mediante prisión o reclusión.
- b) Penas pecuniarias, que afectan el patrimonio del reo en forma personal e intransferible, consistente en el pago de una suma de dinero, convertible en pena privativa de libertad.
- c) Penas impeditivas o incapacitantes, consistente en la pena de inhabilitación total o parcial, especial o absoluta, temporaria o perpetua, aunque también puede aplicarse en algunos casos como accesoria.

A su vez, se pueden encontrar penas únicas (de prisión, reclusión, inhabilitación o multa); conminadas en forma conjunta o acumulativa (pena de prisión e inhabilitación: o prisión y multa); o en forma alternativa: (prisión o multa).

### Penas restrictivas de la libertad: Reclusión y prisión

Ambas son penas privativas de la libertad ambulatoria que deben cumplirse con encierro en establecimientos destinados al efecto (encarcelamiento) y que además pueden acarrear consecuencias represivas colaterales propias de su cumplimiento (restricciones a la visita, régimen disciplinario interno, etc.).

Antiguamente, la reclusión y la prisión eran penas diferenciadas en su régimen y aplicación, siendo más grave la reclusión (aplicable a los delitos más graves -crímenes-, y arrastraba la nota de infamia, además de cumplirse en establecimientos de régimen más riguroso), pero es tendencia creciente su equiparación en una misma especie de régimen, tal como lo ha recogido la actual ley penitenciaria o de ejecución (24660), que unificó el tratamiento de ambas penas privativas de libertad y se cumple con todas las garantías exigidas por los estándares internacionales.

Entre estas clases de pena, no obstante, subsisten diferencias sutiles de orden legislativo que se detallan y examinan rápidamente a continuación:

- a. El art. 6 del C.P. confrontado con el art. 9 determina un régimen de trabajo más riguroso para los reclusos que para los que cumplen pena de prisión.
- b. El art. 7 suaviza en teoría la reclusión de débiles y enfermos o de mayores de 60 años, sometiéndolos a prisión.
- c. Art. 13 del C.P.: Establece que para obtener la libertad condicional en penas de tres años o menores se puede conceder el beneficio cumplidos ocho meses de prisión. Pero si se trata de reclusión se requiere el cumplimiento de un año.
- d. Art. 24: El cómputo de la prisión preventiva es más severo en las penas de reclusión, ya que por cada día de prisión preventiva se cuenta uno de pena de prisión, mientras que por cada día de reclusión se computan dos días de prisión preventiva.
- e. Art. 26: La condena condicional, solo es posible cuando se aplica por primera vez pena de prisión de tres años o menos. La reclusión no permite condena condicional.
- f. Art. 44: La pena de la tentativa es más grave cuando se impone reclusión.
- g. Art. 46: La pena del partícipe secundario es más grave cuando se impone reclusión.
- h. Art. 52. En principio, se sostiene que la pena de reclusión conduce más rápidamente que la prisión a la reclusión accesoria por tiempo indeterminado del art. 52 C.P. (actualmente declarado "inconstitucional", pero

no derogado).

Al mismo tiempo, en el resto de las disposiciones, se las equipara en cuanto a sus efectos, condiciones de cumplimiento y tratamiento por parte de la ley de ejecución penitenciaria (24660) como ya antes lo hacía la ley 14467.

## **Caracteres y clasificaciones**

1.- Por su duración, las penas privativas de libertad pueden ser perpetuas o temporales.

a) Las perpetuas, en la práctica, nunca son de cumplimiento absoluto en nuestro derecho penal, ya que la libertad condicional, la libertad vigilada, la prisión domiciliaria, la amnistía, el indulto y la conmutación (arts. 61 y 68 C.P. y 86 inc. 6° C. N.) generalmente las convierten en temporales.

La tendencia en el mundo civilizado fue reemplazar la pena de muerte con la reclusión o prisión perpetua, pero morigerando la modalidad de ejecución de tales penas, para evitar la destrucción de la personalidad del condenado.

b) Las penas temporales, en nuestro código penal, están previstas progresivamente de un mínimo hacia un máximo y como penas divisibles. La pena mínima prevista en el C.P. es de 4 días (art. 96, Lesiones Leves en riña: de 4 a 120 días), de carácter muy leve, lo que es criticado por la mayoría de la doctrina, que la considera contraproducente.

La pena temporal máxima, que tradicionalmente se consideró como máximo legal de las penas privativas de la libertad, alcanzaba a los 25 años (por homicidio simple del art. 79), pero la más reciente jurisprudencia ha extendido este plazo a 37 años y medio, conforme a la inteligencia del art. 227 ter (atentados al orden constitucional y a la vida democrática). Y alguna doctrina viene sosteniendo (con razón) la de 50 años, que surge del juego interpretativo de los arts. 226 (2.° párrafo) y 235 (3er. párrafo)[6].

2.- Su cómputo (de duración) se hace según a las prescripciones del código civil (por disposición del art. 77, 2° p., C.P.). Así:

a) Las penas privativas de libertad, que se miden en días, se comienzan a contar desde la medianoche del día que comenzó la privación de libertad del condenado, en cuanto esa privación de libertad esté relacionada con el proceso en el cual recayó la condena (art. 24 C. C.) y termina a la medianoche del día en que se cumple el plazo fijado por la condena (art. 27 C. C.).

b) Las penas privativas de libertad que se conminan en meses o años comienzan a computarse en igual momento que las anteriores, en cuanto a su terminación. Si los meses en que comienzan y terminan tienen el mismo número de días, terminan al vencer el mes en que se extingue el plazo fijado en la sentencia (art. 25 C. C.). Pero si los meses en que comienzan y terminan tienen diferente número de días (por ejemplo, la pena comienza en marzo y debe terminar en febrero del año siguiente): si la privación de libertad comenzó en los días excedentes del mes de mayor número de días, los mismos no se agregan, sino que la pena termina al finalizar el último mes del plazo (art. 26 C. C.).

3.- El modo de ejecución de las penas privativas de libertad está reglamentado por la ley 24660, cuya constitucionalidad alguna vez se pretendió discutir (ya que la Nación -en teoría- no podría dictar normas de aplicación y reglamentación reservadas a las provincias).

4.- Por la posibilidad de fraccionarlas, se las denomina:

a).- Indivisibles: la ley establece pena a perpetuidad de prisión o reclusión (como ocurre en el caso del art. 80 del C.P.), como así también de inhabilitación o multa (cuando establece un periodo o monto fijo).

b).- Pero en la mayoría de los casos las penas son divisibles: la ley establece mínimos y máximos que pueden ser divididos o fraccionados. Así, para las privativas de la libertad o inhabilitación, se pueden fraccionar en años, meses, o hasta en días (por ejemplo: Condenar a 1 año y 6 meses de prisión, o a 18 meses, o a 90 días de prisión o inhabilitación. En la multa puede ocurrir otro tanto, ya que la ley establece en general mínimo y máximo).

La posibilidad de fraccionar las penas otorga un mayor margen de equidad a los jueces, que, al momento de imponer la sanción, deben adecuarla al caso concreto.

5.- Por el modo en que se hallan conminadas en la ley (previstas en abstracto) las penas pueden ser:

- a. Únicas: cuando la ley prevé una única modalidad de pena principal para el delito de que se trata (Por ejemplo: pena de Prisión (art. 140) o de Inhabilitación (art. 260, primer párrafo) o Multa (art. 129).
- b. Alternativas: cuando la ley se satisface con una u otra especie de pena para el castigo del delito (Prisión o multa, por ejemplo).
- c. Conjuntas: cuando la ley exige la aplicación de dos penas como mínimo (como en el art. 94 del C.P. prisión e inhabilitación, o multa e inhabilitación).
- d. Por la posibilidad de su aplicación, las penas son obligatorias (prescriptas en el tipo seleccionado) o eventuales: que son las que el código penal conmina en la parte general, como de posible aplicación para diversos delitos. En tal caso, el tribunal, además de imponer la pena prevista en el tipo especial, puede además hacerlo conjuntamente con la genérica, si se dan las condiciones requeridas por la ley (como en el caso de los arts. 19 bis, 22 bis o 12 del C.P.).

6.- Por la autonomía de su aplicación: las penas son principales cuando no requieren de ningún condicionamiento para su aplicación, y accesorias cuando su imposición necesita de la aplicación de una pena principal de cuya existencia dependen. Sin embargo, la pena de inhabilitación accesoria puede extenderse hasta por el doble del tiempo de la pena principal de prisión que le permite imponer.

## **Condena de ejecución condicional**

a. Concepto y naturaleza. Es la condena a prisión que, una vez impuesta o pronunciada, deja en suspenso la ejecución de la pena, bajo ciertas condiciones en el lapso fijado por la ley (art. 26 y 27 bis).

En cuanto a su naturaleza, en realidad la condena de ejecución condicional es la excepción y la regla es que la condena sea efectiva (o de cumplimiento efectivo)[7].

Algunos autores, y escasa jurisprudencia, sostienen que se deja en suspenso la condena y, transcurridos los 4 años, desaparece la condena[8]. En realidad, se deja en suspenso la ejecución de la pena, no la condena en sí misma. Queda sin efecto su ejecutabilidad efectiva.

En este tema, nuestro código sigue el sistema continental europeo, según el cual se pronuncia la condena dejando "en suspenso el cumplimiento de la pena", como lo dice expresamente el art. 26 C.P., a diferencia de lo que ocurre en el sistema angloamericano, donde lo que se suspende es el dictado de la condena.

Contemplada por los Arts. 26, 27 y 27 bis del C. P., la condena condicional faculta al Juez a dejar en suspenso el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, conforme la existencia de requisitos o condiciones anteriores y posteriores al dictado de la sentencia, a saber:

b. Condiciones principales. Existen condiciones anteriores y posteriores que deben existir en forma ineludible para que en ellas el tribunal funde (bajo pena de nulidad) la imposición de una condena de ejecución condicional.

Condiciones previas:

1. Que se trate de primera condena (no interesando que lo fuera a causa de uno o más delitos en concurso). Cualquier condena anterior, por consiguiente, obsta a la concesión del beneficio, aunque estuviera prescripta o no fuere motivo de reincidencia (la reincidencia nada tiene que ver con este instituto). Únicamente no puede computarse para negar el beneficio la condena anterior que haya sido objeto de amnistía, pues dicha condena ha desaparecido como tal.
2. Que la pena sea de prisión únicamente (no era aplicable a la reclusión, a la multa ni a la inhabilitación).
3. Que la pena de prisión impuesta no supere los 3 años. En el caso de concurso de delitos, la condenación condicional, según el art. 26 "in fine", procede si la pena de prisión que corresponde no excede los 3 años.
4. La actitud positiva observada por el reo con posterioridad al delito.
5. Valoración judicial sobre los motivos que impulsaron la comisión del delito (en consonancia con lo dispuesto por el art. 41 del C.P.).
6. La naturaleza del hecho (escasa gravedad o peligrosidad y extensión del daño).
7. Otras circunstancias que desaconsejen la aplicación de encierro efectivo.

Hay, sin embargo, una situación excepcional que suele ocurrir en nuestros tribunales y es que luego de aplicar una condena condicional aparezca un delito anterior al que motivó tal condena. Quiere decir que si dicho delito hubiese sido juzgado en término y hubiera dado lugar a una eventual condena condicional, la omisión no se le adjudica al reo, sino al sistema judicial, por no constatar debidamente y acumular las causas, de modo que generará una única condena -concurso real de delitos-. Si tal extremo ocurriera, el

acusado tiene derecho a una nueva condena condicional, que se acumula a la anterior (dictándose una única pena). Y si aquella primera ya perdió sus efectos, la nueva condena condicional se impone sin tener en cuenta aquella[9].

c. Condiciones posteriores: Una vez dictada la condena condicional, el reo debe observar una nueva condición impuesta por la ley indirectamente en el art. 27 del C.P. Ella es la no comisión de nuevo delito durante el plazo de 4 años (y más las condiciones accesorias establecidas al fin expresado, por el art. 27 bis que se ven en el punto siguiente).

d. Condiciones accesorias. Conforme a los arts. 27 y 27 bis, la condición esencial es que el reo no cometa nuevo delito (doloso o culposo), para lo cual se le imponen reglas de conducta y/o tratamientos accesorias para impedir la recaída delictiva (como se ve en el art. 76 bis), conforme a la enumeración que efectúa la ley -esta cuestión ha sido analizada en el capítulo sobre Suspensión del Juicio a Prueba, a cuya lectura y análisis remitimos en razón de la brevedad-.

Si comete delito antes de los 4 años, a partir de la fecha de pronunciada y firme la condena condicional, se revoca tal beneficio, debiendo el reo cumplir la pena en forma efectiva, sumada a la segunda condena que se le dictara (acumulación jurídica).

Pasados 4 años, si no comete nuevo delito, la pena se tiene como no pronunciada a los fines del cumplimiento efectivo, pero conserva todos los efectos propios de cualquier condena firme, a saber:

- Primera condena definitiva, irrevocable y registrada en los antecedentes del acusado.
- Pasados 8 años (si uno de los delitos es culposo, o 10 años si ambos son dolosos), se puede acceder a un nuevo beneficio de condicionalidad, bajo los mismos requisitos enunciados y procesalmente a una potencial excarcelación.

e. Reiteración o revocación del beneficio.

Artículo 27 bis (último párrafo): "Si el condenado no cumpliera con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute, como plazo de cumplimiento, todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento.



Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena.

El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia".

La ley otorga al Juez la facultad de no computar el tiempo de suspensión a prueba transcurrido (en todo o en parte) ante la primera infracción que cometa el beneficiario (la que puede consistir en hacer lo prohibido, no hacer lo debido o hacerlo defectuosamente).

Pero, por otra parte, la letra de la ley presupone que el juez puede otorgar una segunda oportunidad y la reanudación del beneficio. Esto conlleva para el Tribunal la enorme responsabilidad de valorar acertadamente aquellas circunstancias de tiempo, modo, lugar y personas que justifiquen su decisión, por lo que es aconsejable que se cuente con informes y asesoramiento interdisciplinario especializado.

En caso de reiteración o persistencia en la violación de condiciones, se podrá revocar definitivamente la condicionalidad de la condena.

Se podrá revocar la condicionalidad de la pena:

- Por la comisión de un nuevo delito, antes de los cuatro años (Idem régimen anterior: Art. 27); y
- Por la violación de las condiciones en cualquier momento en que se produzca, durante el plazo acordado por el Juez (2 a 4 años).

En cualquiera de los dos casos, la pena deberá ser de cumplimiento efectivo.

f. Diferencias con la prescripción de la pena.

Los plazos a los que se refiere el art. 27 del C. P. nada tienen que ver con el instituto de la Prescripción de la Pena (como muchos confunden). La Prescripción de la Pena (art. 65 y siguientes del C. P.) implica la desaparición -por el transcurso del tiempo- del derecho-deber del Estado para hacer cumplir una pena efectivamente y que el reo ha quebrantado o a la que se ha sustraído. Esto implica que la estaba cumpliendo o la debía cumplir en forma efectiva.

Pasado cierto tiempo, la ley presume que desapareció la alarma social y los efectos morales del delito, razón por la que desaparece la potestad represiva del Estado para hacer valer la decisión judicial condenatoria. No ocurre la misma situación en el caso del art. 27 (transcurridos 4 años), en el que la pena queda incorporada a los antecedentes del reo, aunque ya no se pueda efectivizar.

Ahora bien, si la prescripción de la pena lo es de una que ha sido quebrantada, y por ende, parcialmente cumplida en un porcentaje en forma efectiva, esta se tiene en cuenta a los fines de la reincidencia (Art. 50 del C.P.).

En cambio, la pena de ejecución condicional y aquella a la que se sustrajere íntegramente el reo no pueden tenerse en cuenta a los efectos de la reincidencia, pues no hubo encierro total o parcial. Es lo único que pueden tener en común.

## **Condenas de Cumplimiento Efectivo**

Individualización legislativa, judicial y ejecutiva o administrativa

La regla es que la imposición de una pena privativa de libertad sea de cumplimiento efectivo (no obstante que en su sentencia el juez deba fundar su imposición conforme a los parámetros que la ley le otorga). La excepción la constituye la pena de ejecución condicional y bajo las condiciones que hemos estudiado (bajo pena de nulidad y fundada por el Tribunal en los expresos motivos que exige la ley).

La aplicación de la pena privativa de libertad tiene, sin embargo, tres etapas de individualización:

- Una primera de carácter legislativo o legal, contenida en cada uno de los tipos penales aplicables de la parte especial, pero conforme a los criterios que pautan los arts. 40 y 41 de la parte general. Es con base en estas normas que el Tribunal de Mérito (Correccional, Unipersonal, Colegiado o con integración de jurados) debe seleccionar, fundar y aplicar la pena.
- Una segunda instancia es la individualización judicial que realiza el juez dentro de las magnitudes variables de las penas fijadas; y
- La tercera fase de individualización ejecutiva o administrativa, que se lleva a cabo durante el transcurso del cumplimiento de la pena por los órganos encargados de aplicarla.

## Individualización legal

La ley penal individualiza en cada tipo penal la sanción (principal) que corresponde aplicar en cada caso, pero también hay otras de carácter accesorio y eventual contenidas en la parte general y que pueden aplicarse junto a la principal, según las circunstancias.

También puede ocurrir que fije penas diversas para el mismo tipo delictivo, según las formas de aparición del delito, o de ciertas características del mismo, o según circunstancias personales del autor. Ello ocurre con las penas para la tentativa, para ciertas formas de participación (que determinan distintos grados de pena), para los resultados no dolosos de hechos dolosos (llamados resultados preterintencionales), para autores que fueran menores de edad, según lo veremos al tratar las medidas de seguridad, o para autores reincidentes.

## Individualización judicial

Para la individualización, selección y mensuración de la pena, el C.P. ha dispuesto una serie de pautas que el Juez debe tener en cuenta en cada caso, además de las que proporciona el tipo penal seleccionado.

Tales son:

### a) Pautas genéricas de los arts. 40 y 41 del C.P.

Este tema refiere a los criterios a seguir por el juez en la individualización de la pena por imponer en el caso concreto, conforme a lo dispuesto por los arts. 40, 41 y 41 bis del C.P. La medida de la pena debe ajustarse al individuo, mientras que la graduación o fijación de la pena solo designan el procedimiento por seguir para su aplicación, sin tener en cuenta al individuo.

Así, Marcelo Finzi divide los parámetros en dos grupos:

1) la gravedad del hecho: Naturaleza de la acción y medios empleados (que se liga a la personalidad del autor); extensión del daño y peligro causados; vínculos personales, calidad de las víctimas;

2) a la personalidad del autor: La edad, la educación, las conductas precedentes y costumbres del sujeto, la calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir, las reincidencias y demás antecedentes y condiciones personales.

Tejedor preveía “in bonam partem” la confesión pronta del autor del delito (como una atenuación), pero como bien critica Finzi, nada tienen que ver estas conductas (positivas o negativas) en la determinación de la pena, ya que son conductas posteriores al delito y la pena se mensura en directa relación con el hecho. El art. 41 manda tener en cuenta las conductas y circunstancias precedentes solamente.

---

**Art. 40: “En las penas divisibles por razón del tiempo o de la cantidad los tribunales fijarán la condenación de acuerdo a las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente”.**

**Art. 41: “A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:**

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

**2º. 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 “de visu” del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.**

Las normas precedentes pautan los criterios que seguir por el Juez para seleccionar y mensurar la pena a imponer y lo hacen de manera taxativa.

1. Relacionadas con el hecho son:

- a) la naturaleza de la acción delictiva (o modo en que se cometió el delito);
- b) los medios empleados para ejecutarla (o instrumentos de que se valió el autor y que pueden representar una mayor o menor peligrosidad u ofensividad, representar un mayor grado de criminalidad, etc.). Marchiori los divide en subjetivos y objetivos[10].
- c) la extensión del daño causado por el delito tanto presente como futuro (hace referencia al daño material o tangiblemente mensurable en el mundo exterior y refiere tanto al perjuicio parcial o total ocasionados a las personas o de carácter patrimonial, psíquico, moral, individual o social) y;
- d) la extensión del peligro producido por el delito (refiere al peligro real o potencial que se ocasiona en personas y bienes, con la conducta observada por el reo y reprochable penalmente, con el modo y por el alcance que tuvo el delito.

2. Relacionadas con la persona del autor, que pueden subdividirse en intrínsecas o personales y extrínsecas o externas.

- a) Personales e intrínsecas al individuo: la edad (determina su mayor o menor madurez y otras motivaciones), educación (revela su mayor o menor posibilidad de continencia delictiva), costumbres (al igual que la anterior, facilita u obstaculiza en mayor o menor grado la aparición de inclinaciones a la

trasgresión), conducta precedente (da pautas de comportamientos anteriores que hacían presumir la inclinación al delito o, por el contrario, su absoluta ocasionalidad), situación económica (de algún modo condiciona las conductas del reo en determinados delitos), reincidencias (ya hemos referido al art. 50 del C.P.), condiciones personales y vínculos (con los demás partícipes y con la víctima del delito).

Estas pautas funcionan como agravantes (incrementan) o atenuantes (disminuyen) del monto de pena, pero también sirven para seleccionar entre una u otra clase de pena por imponer, cuando el tipo lo permite (prisión o multa).

b) Externas, circunstanciales y concomitantes: motivos que lo llevaron a delinquir (que pueden ser internos o externos -como las circunstancias provocadoras-), calidad de las personas intervinientes en el hecho (a quiénes seleccionó el reo para aliarse a fin de cometer el delito o a quienes eligió como víctimas del mismo) [11]; y demás circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión en que se cometió el delito (porque también nos otorgan pautas de la mayor o menor criminalidad del hecho, del mayor o menor grado de reproche de la conducta conforme al principio “nulla poena sine culpa”, pero que además revelan su índice de peligrosidad puesto de manifiesto al cometer el hecho)[12].

3. Relacionadas con la víctima son las conductas, calidades o circunstancias referidas al sujeto pasivo del delito, que ayudaron a provocar, facilitar u operaron de cualquier modo para que el ilícito se cometiera en el modo que lo fue y con el alcance de dañosidad que lo hizo.

Si bien no están expresamente previstas del modo indicado, la doctrina y la jurisprudencia las deducen de la letra de la ley.

Para que el juez llegue a tener un conocimiento más directo de lo que refiere a la persona del autor, el mismo art. 41 C.P. dispone que el juez deberá tener conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho.

Hay una advertencia que efectúa la doctrina desde la sanción del C.P.: las circunstancias valoradas para la determinación del delito no pueden ser repetidas al momento de valorar la pena.

## **La Reincidencia en el Código Penal**

Este tema está regulado entre los arts. 50 y 53 del C.P., que se analizarán separadamente para su mejor comprensión, como sigue:

Definición legal y concepto.

Según el art. 50 del C.P. primer párrafo:

*“Habrá reincidencia siempre que quien hubiere cumplido total o parcialmente pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.*

*Conforme al texto, debe mediar una pena anterior impuesta por sentencia firme y cumplida total o parcialmente. Vemos, entonces, cuál es la diferencia de la reincidencia real, con la reincidencia ficta y con la simple reiteración, ya que en ésta existen varios delitos subsiguientemente cometidos sin que medie entre ellos condena alguna.*

*El tribunal que dictó la condena puede ser cualquier tribunal del país, de cualquier jurisdicción (nacional, provincial, federal), basta con que tenga competencia para imponer la pena. En cuanto al carácter del delito por el cual se ha dictado la condena, debe tratarse de un delito de derecho común, que no hubiese sido amnistiado, quedando excluidos los delitos políticos y los militares.*

*La condena anterior no debe estar prescripta según los términos señalados por el mismo art. 50 del C.P., cuando manifiesta que la condena anterior no se tendrá en cuenta a los efectos de considerar al reo como reincidente, “cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de 10 ni será inferior a 5 años”.*

Carácter de la pena impuesta en la sentencia firme. Debe tratarse de una pena privativa de libertad impuesta como pena principal. La pena de multa que se ha convertido en prisión no llena esa condición. Se debe señalar, sin embargo, que algunas leyes penales especiales (las incluidas en el llamado "derecho penal económico") contemplan la declaración de reincidencia en casos en que se imponen penas de multa.

Carácter del nuevo delito cometido. Debe reunir las mismas características que el delito que motivó el dictado de la condena existente, pero no es necesario que se trate de un delito de la misma especie, porque

nuestro código sigue el sistema de la reincidencia "genérica", no el de la "específica", que sí exige la comisión de un nuevo delito de la misma especie.

Segundo párrafo: "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".

Para el caso de que la sentencia anterior hubiese sido dictada por un tribunal extranjero, le sigue el sistema de la reincidencia real, exigiendo que la pena dispuesta por esa condena haya sido efectivamente sufrida. O sea, que se haya ejecutado o se haya comenzado a ejecutar. Pero además, para que dicha condena sirva de base a la declaración de reincidencia, debe haber sido dictada por un delito que dé lugar a la extradición según la ley argentina (delitos comunes).

Tercer párrafo: "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 18 años de edad".

A los fines de la reincidencia, solo se computan los delitos ordinarios o comunes y con base en sentencias condenatorias emanadas de tribunales civiles, ordinarios o federales.

Cuarto párrafo. "La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de 10 ni será inferior a 5 años".

Además de agravar las penas sucesiva y progresivamente, la reincidencia tiene otro efecto: la aplicación potencial de la reclusión por tiempo indeterminado, verdadera medida de seguridad separativa que se dicta en protección de la sociedad y estudiaremos en profundidad en el capítulo XX (medidas de seguridad)[13], norma que actualmente no se aplica porque la CSJN la ha declarado inconstitucional.

## **Perdón judicial**

Es la facultad que algunas legislaciones conceden al juez o tribunal de juicio para eximir de pena al autor de un delito en casos determinados, a pesar de declararse su responsabilidad penal. Es decir, a pesar de reconocer la existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable. En nuestro País aún no se aplica en



materia de delitos, pero en algunas leyes provinciales de faltas o contravencionales encontramos consagrada la institución.

Algunos autores creen que el instituto está regulado de hecho en el Código Penal al referirse a la eximición de pena para el delito imposible contemplada por el art. 44 C.P., ya que deja a criterio del Juez la aplicación o no del mínimo legal, así como se otorga la posibilidad de imponer ese mínimo conforme a la peligrosidad demostrada por el autor con su conducta.

## **Circunstancias agravatorias generales para delitos**

Cometidos con violencia o intimidación y uso de armas de fuego (art. 41 bis del C.P.)

---

**Art. 41 bis: "Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate, se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que esta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.**

**Esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate".**

La agravación genérica que se establece es aplicable a todo delito. Su comprensión debiera ser de relativa sencillez a los fines de la pertinente interpretación y aplicación en cada caso, ya que se aplicará el agravante de pena cuando medie intimidación o violencia por el uso de arma de fuego (las llamadas armas propias) y

siempre y cuando el tipo penal básico o circunstanciado (que se agravaría eventualmente por esta disposición) no contenga la previsión del "uso de armas de fuego" como medio intimidante o violento (únicamente).

Ahora bien, la ley 25297 que introdujo el art. 41 bis en la parte general de nuestro C. Penal y la reforma operada en el art. 166 del C.P. (robo calificado con armas, con arma de fuego operativas y no operativas, de utilería o de juguete) vino a modificar todo lo escrito y teorizado en materia de uso de arma; aquella establece:

Artículo 166: "Se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años:

- Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.
- Si el robo se cometiere con armas o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión".

No obstante ello, debe revisarse -igualmente- la aplicación y mensuración de las penas en cada delito en el que se utilice un arma de fuego con violencia o intimidación, siempre que dicha circunstancia no se halle prevista en el tipo especial de que se trate.

En efecto, cuando los tipos de la parte especial hablan de "uso de armas" ahora deben ser entendidos como que solo se refieren a toda arma, excepto la de fuego.

El uso de arma de fuego (como medio violento o intimidante) especializa el sentido de la ley para agravar aún más la pena, conforme al art. 41 bis. Con ello, habrá resistencia a la autoridad, atentados, abigeato agravado (por robo), amenazas, coacción, secuestro extorsivo, lesiones, abuso sexual u homicidio y -si se utiliza un arma de fuego- el delito se verá agravada por el art. 41 bis en un tercio del mínimo y del máximo de la pena.

El fundamento de esta agravación de la pena tiene en cuenta la mayor letalidad del medio empleado, la consecuente mayor peligrosidad que exhibe el autor, la mayor eficacia de su obra y, por ende, el poder vulnerante del agente<sup>[14]</sup>, pero, por otro lado, el mayor estado de indefensión, el peligro cierto que corre la víctima y su mayor vulnerabilidad.

Agregamos por último que, para la opinión dominante, el arma de fuego debe ser operativa en caso de aplicarse el art. 41 bis. Así, si el arma de fuego se utilizara como arma impropia (para matar a golpes por ejemplo), para esta corriente de opinión mayoritaria no se aplicaría la agravante y la pena quedaría en de 8 a 25 años.

Sin embargo, a los fines de los demás delitos, no puede distinguirse si el arma es operativa o no, ya que su sola exhibición o el hecho de apuntar con ella a la víctima daría por tierra con sus defensas.

Agravamiento para adultos que hayan participado en delitos cometidos con la participación de menores de dieciocho años.

(art. 41 quater del C.P.)

El Art. 41 quater del C.P. <sup>[15]</sup> incrementa la pena de todo delito cometido en un tercio del mínimo y un tercio del máximo para los adultos que hubieren intervenido como autores o partícipes, cuando en el delito cometido participare un menor.

Esta disposición incrementa toda pena en igual magnitud que el art. 41 bis, imponiendo como requisito la utilización de menores, sin especificar en qué fase (ejecutiva o consumativa) intervienen, ni en qué grado o calidad de intervención lo hacen (coautores, autores o partícipes primarios o secundarios).

Claro que esta disposición debe cohonestarse con el art. 45 del C.P. y a la luz de esa disposición debemos recordar que, cuando se utiliza un inimputable (menor de 16 años), hay autoría mediata y por ende el adulto responderá en calidad de autor. Mientras que el menor que participe en un homicidio, desde los 16 a los 18 años, responderá por sí en los términos de la ley penal de menores (será plenamente responsable por su hecho cualquiera fuere la calificación que merezca su actividad).

Sin embargo, con la nueva agravante genérica, el adulto que haya participado en cualquier carácter en un delito cometido (tentado o consumado) junto con un menor verá incrementada la penalidad que le corresponda, sea que el menor fuere inimputable o imputable. Para explicar esta aparente superposición de normas, la doctrina y la jurisprudencia vienen sosteniendo -de forma pacífica- que la agravación está prevista para aquellos casos en que un mayor se vale de un menor para descargar en este su responsabilidad[16].

### **Agravación por homicidios en espectáculos deportivos**

Conforme a los arts. 1 y 2 de la ley 24192/93, las penas de cualquier clase de homicidio (excepto los del art. 80, que tienen prisión perpetua) o sea homicidio simple, preterintencional, en estado de emoción violenta, en riña o agresión o culposos se incrementarán en un tercio de su mínimo y máximo cuando se causaren con motivo u ocasión de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito al que se concurre públicamente, en sus inmediaciones o después de concluido el evento.

### **Agravante por el uso de estupefacientes**

Si se utilizaren sustancias estupefacientes en la comisión de cualquier clase de delitos, conforme al art. 13 de la ley 23737, la pena sufrirá igual incremento (un tercio del mínimo y un tercio del máximo).

### **Atenuación general para los delitos previstos en los arts. 142 bis y 170 del C.P.**

El artículo 41 ter del C.P. -a raíz de la modificación introducida pro el art. art. 1.º de la Ley N.º 27304 prescribe: "Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles".

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos;

- b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero;
  - c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal;
  - d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;
  - e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal;
  - f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal;
  - g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal;
  - h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal;
- i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal.

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena solo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión.

La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.”

Ahora bien, en primer lugar, cabe señalar que el delator puede revestir calidad de partícipe o autor. Ya no se requiere que los delatores “tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen”.

Antiguamente, la norma fijaba que el delator debía revestir calidad de partícipe o encubridor y, al no especificar a qué tipo de partícipe se refería, parecía dudoso que el beneficio pudiera alcanzar a los autores o coautores por la condición indicada más arriba. Sin embargo, gracias a la nueva redacción, la discusión se encuentra zanjada.

En segundo término, procede la reducción penal cuando el aporte es realizado durante la sustanciación del proceso.

Y por último, la información o datos brindados deben ser precisos, comprobables y verosímiles. Así, para la procedencia del beneficio se indica que la información brindada debe contribuir a la consecución de una serie de objetivos tales como el avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; la averiguación del destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o la constatación de las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

## **Libertad condicional**

La Ley 25892 (modificatoria del Código Penal argentino) fue sancionada el 5/5/04 y promulgada de hecho el 24/5/04, introduciendo escasas reformas en los arts. 13 al 15 del C.P.

Artículo 13: "El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco años de condena, el condenado a reclusión o a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones:

1º. Residir en el lugar que determine el auto de soltura;

2º. Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes;

3º. Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;

4º. No cometer nuevos delitos;

5°. Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes;

6°. Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico que acredite su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos.

Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional”.

Artículo 14 (modificado por el art. 38 de la ley 27375, B.O.28/07/2017). "La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por:

- 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.
- 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.
- 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.
- 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.
- 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal.
- 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.
- 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.
- 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.

9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal.

10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23737 o la que en el futuro la reemplace.

11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.”

Conceptos Generales. La libertad condicional es el egreso anticipado del establecimiento (sea carcelario u otro de encierro afín) en el que se cumple pena privativa de libertad y que se concede en forma condicionada al penado que está purgando dicha condena (impuesta por sentencia firme y ejecutable), cuando ha cumplido un determinado plazo de encierro y siempre que se den ciertos requisitos previos.

Además, se exige el cumplimiento de determinadas condiciones que deberán llevarse a cabo con posterioridad al egreso, conforme al auto de soltura u orden de libertad emanada del Tribunal competente[17].

En cuanto al carácter o naturaleza de este instituto, se trata de un derecho del penado, pues dadas las condiciones que la ley establece nada impide que el beneficio se acuerde, previa verificación de tales requisitos[18]. Sin embargo, modernamente la jurisprudencia sostiene que más allá de este carácter que se le asigna, el instituto forma parte del régimen de progresividad propio de la pena, según la legislación vigente y, como tal, sujeto a la evolución que experimente el penado[19].

Las condiciones previas que la ley estatuye deben ser valoradas por el Tribunal a efectos de constatar que estas se dan en el modo exigido, porque de no ser así se puede denegar la libertad (resolución que es recurrible).

El motivo o fundamento esencial para otorgar la libertad anticipada bajo condiciones (que ahora son algunas más a las tradicionalmente conocidas) radica -según Núñez- en el poderoso estímulo que implica para el condenado la posibilidad de egresar mucho tiempo antes del establecimiento donde cumple la pena, lo que supone que lo alienta a mejorar su conducta y ayuda a su resocialización.

Para la ley 24660, conforme a su art. 6, se establece la progresividad del régimen de la pena, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados, promoviendo en lo posible, y con base en su evolución favorable, que se incorpore a instituciones semiabiertas o abiertas (regidas por el principio



de autodisciplina), mientras que el art. 7 establece que el condenado podrá ser promovido en forma excepcional a cualquier fase del tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales según los informes técnico-criminológico y mediante resolución fundada de la autoridad competente.

Entonces, el espíritu y sentido de la normativa bajo análisis es la de impulsar o estimular su resocialización efectiva y adecuada, premiando sus esfuerzos de superación[20]. Sin este entendimiento, carece de sentido la liberación anticipada. Se cumpliría la pena completa y punto.

Requisitos previos. Del propio texto de la ley y la ubicación sistemática de este artículo 13 del C.P. surge el supuesto previo esencial que demanda la aplicación de este instituto:

- a) una condena efectiva de prisión o reclusión que se esté cumpliendo efectivamente en establecimiento penitenciario u otro equivalente.
- b) Cumplir determinado plazo de encierro: debe haber transcurrido un plazo de encierro mínimo, término en el cual se hayan podido aplicar algunas de las medidas resocializadoras previstas por la legislación de ejecución penitenciaria nacional[21].

Este plazo no implica que automáticamente el penado debe salir en libertad condicional una vez cumplido (como muchos tribunales se apresuran a interpretar), sino que es a partir de este cuando se puede solicitar o acceder al beneficio, en tanto estén cumplidos los demás requisitos.

Veamos los plazos previstos en cada caso por la ley:

- Si la pena aplicada ha sido de reclusión o prisión perpetua, con el nuevo texto vigente, deberán transcurrir 35 años (término que hasta ahora solo era de 20 años). Claro que a quienes han sido penados hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley se les deberá computar el de 20 años que regía según la ley anterior por ser la más benigna (art. 2 - apartado segundo del C.P.).
- En lo que respecta a los que aún no alcanzaron dicha etapa del proceso (sentencia), se interpretará - sin embargo- que conforme al texto del apartado primero del art. 2 del C.P. el beneficio también alcanzará a los que habiendo cometido el delito durante la vigencia del régimen más benigno igualmente serán alcanzados por aquel, aun cuando el juicio y sentencia se produzcan bajo la vigencia de la ley ya reformada (más severa).
- Si la pena es de reclusión o prisión mayores de tres años, deben transcurrir dos tercios de la pena impuesta bajo encierro, tal como siempre rigió el art. 13 en cuanto a penas temporales, con un mínimo

y máximo establecidos[22].

- Si la pena fue de tres años de prisión o menos, deberá cumplir ocho meses de encierro como mínimo[23].
- Si es de tres años o menos de reclusión, deberá cumplir como mínimo un año.

Dentro de este plazo de encierro, se computan los plazos en que el condenado sufrió prisión preventiva (a cuenta de la pena posteriormente impuesta por sentencia).

Si la pena ha sido conmutada, el cálculo se efectúa sobre el monto de pena al que quedó reducida en definitiva después de la conmutación (según coinciden Soler, Núñez, Creus, etc.). O sea, debe cumplir una parte de la pena efectiva restante y no la nominal (que originalmente se impuso).

c) No ser reincidente. Conforme al 14, “la libertad condicional no se concederá a los reincidentes”[24]. La reincidencia está regulada entre los arts. 50 y 53 del C.P., que se analizarán separadamente para su mejor comprensión, como sigue:

d) Observar regularmente los reglamentos carcelarios: Este es un elemento de valoración objetivo[25] que corresponde efectuar al tribunal[26] en el que se tiene en cuenta la buena conducta penitenciaria, pero no los pronósticos desfavorables (o favorables) que realice el gabinete criminológico (que se incluyen en otra exigencia). Es el cumplimiento correcto y adecuado de la reglamentación existente en el establecimiento penitenciario.

e) No haber cometido alguno de los siguientes delitos: 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal. 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los artículos 5.º, 6.º y 7.º de la ley 23737 o la que en el futuro la reemplace. 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero (art. 14 del C.P.).

Esta es una limitación impuesta conforme a la nueva redacción del art. 14 (desde su reforma en 2017). Por razones de Política Criminal, se considera que quienes han cometido esta clase de delitos no pueden acceder a la libertad condicional (anticipada), aun cuando hayan cumplido los 35 años de encierro.

Esta norma seguramente será debatida y eventualmente tachada de inconstitucional, pues podría argumentarse que elimina -en modo definitivo- a una persona de la sociedad, como ni siquiera lo hace la reclusión por tiempo indeterminado, que sí es una medida eliminatoria definitiva y, sin embargo, en el art. 53 del C.P. prevé la posibilidad de egreso anticipado, luego de 5 años de su cumplimiento, si se verifica que desapareció la peligrosidad del sujeto.

Condiciones posteriores (de la Libertad “condicional”). Una vez producida la soltura del condenado, mediante auto judicial, y constatadas las condiciones previas (con vista al ministerio Fiscal), el sujeto queda sometido a otras condiciones:

- a) Residir en el lugar que determine el auto de soltura (inc. 1.º).
- b) No cometer nuevos delitos (Inc. 4.º).
- c) Observar las reglas de inspección que determine el auto de soltura (inciso 2.º), que son las destinadas a contener y controlar simultáneamente al sujeto durante su primera etapa en libertad y hasta el agotamiento del plazo de condena.
- d) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas y estupefacientes (Inc. 2.º).
- e) Adoptar oficio, arte, industria, profesión. (Inc. 3.º).
- f) Someterse al cuidado de un patronato (Inc. 5.º).
- g) Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico que acredite su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos (Inc. 5.º).

h) Cualquiera de las condiciones del art. 27 bis del C.P. Esta es una nueva regla y herramienta que se otorga a la Justicia de Ejecución para la mejor consecución de los fines del instituto de la Libertad condicional. Ya hemos analizado estas condiciones, que le son aplicables al liberado (en otros trabajos[27]), pero reiteramos someramente un panorama:

Violación de condiciones no dirimentes. La violación de algunas de estas condiciones (ver puntos c, d, e, f, g y h) contenidas en los incisos 2, 3, 5 y 6, del art. 13 no importan automática o necesariamente la revocación de la libertad condicional, pero el Juez tiene la facultad de no computar en el término de la condena todo o parte del tiempo que haya durado la libertad hasta que el condenado cumpla con las obligaciones a las que se sustrajo (art. 15, 2.º párrafo).

Es una especie de suspensión de su vigencia o aplicación que produce necesariamente la extensión del plazo de la condena hasta que cumpla con las condiciones, según se puede deducir de la segunda parte del art. 15 que a continuación se reproduce:

Artículo 15: Primer párrafo: "La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad.

Este primer párrafo prevé el aniquilamiento del beneficio por:

- Comisión de un nuevo delito.
- Violación del deber de residencia. Este es un aspecto que revisar, porque si bien la violación de esta regla impide el contralor, la labor del patronato y demás condiciones que se han visto en verdad no alcanzan la gravedad de la anterior. Aquí el legislador pudo disponer una sanción intermedia, pero no de tal gravedad.

Como ya dijimos, se aniquila el tiempo de condena que vino transcurriendo hasta ese momento. De modo que el penado debe volver al encierro y cumplir con todo el plazo que le restaba desde que fue liberado condicionalmente. La violación comprobada a cualquiera de estas reglas u obligaciones suprime el beneficio de pleno derecho, con lo que el Juez puede declararlo de oficio, pero nada obsta (y es mejor que así sea, para resguardar las garantías del debido proceso) que despache un breve trámite de vista al M. P. Fiscal, con notificación a la defensa, aunque de todos modos a las partes les quedará la vía recursiva para corregir el error judicial (en la apreciación arbitraria de los hechos o la aplicación errónea del derecho).

## **Efectos**

Art. 16: "Transcurrido el término de la condena, o el plazo de 5 años señalado en el art. 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del art. 12".

Si la libertad condicional no es revocada y el penado cumple con las condiciones impuestas, la pena queda extinguida de pleno derecho (sin necesidad de declaración judicial o de autoridad alguna) por su agotamiento en los siguientes plazos:

- a). Si se trata de penas temporales: al vencimiento del plazo originario de la condena que la haya impuesto (o lo que reste si existió conmutación), más los que se pudo agregar si el Juez, en su caso, por violación de obligaciones que no importaban revocación de la libertad condicional consideró en suspenso.
- b). Si se tratase de penas perpetuas, al transcurrir 5 años desde la fecha de concesión de la libertad condicional, con más los plazos que el juez hubiese agregado, en su caso, por las violaciones de condiciones que no importasen revocación de la libertad condicional (suspensión del término). Hoy este plazo alcanza a los 40 años (35 para acceder al beneficio, más 5 de prueba).

## **Morigeración de pena (y prisión preventiva)**

Art. 10. "Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

- a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;
- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) El interno mayor de setenta (70) años;

e) La mujer embarazada;

f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

a) Concepto previo. La ley otorga la posibilidad de cumplir la pena privativa de la libertad en el interior de un domicilio (que fije el penado). Los fundamentos de esta modalidad morigerada de encierro remiten a consideraciones eminentemente humanitarias, consagradas con máxima jerarquía normativa en nuestro ordenamiento jurídico, y en función de las cuales resultan inadmisibles las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Aunque el texto legal supone una pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento, el instituto también se aplica a quienes se encuentran detenidos en prisión preventiva.

b) Prisión domiciliaria: El supuesto implica que quien debe cumplir su condena en efectivo encierro se halle en alguna de las situaciones descriptas por la ley.

Exige que el condenado permanezca en su domicilio determinado (supone la vivienda o alojamiento y adyacencias comunes como un patio o un jardín). De allí no puede salir sin autorización judicial, debiéndose someterse a las reglas que le imponga la autoridad judicial, como inspección periódica o controles del patronato o servicios sociales, oficiales de *probation*, etc. Es un modo de cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad que no importa suspender ni diferir su ejecución.

A diferencia de la condena condicional (prevista en el art. 26 del Cód. Penal) en la detención domiciliaria el sujeto no es libre de desplazarse por donde quiera y, a su vez, está sometido al régimen penitenciario.

c) Prisión preventiva domiciliaria: Si este régimen puede aplicarse a condenados, también debe ser aplicado con mayor razón a quienes se encuentran sometidos a prisión preventiva, toda vez que gozan del estado de inocencia que garantiza la Constitución Nacional (art. 18). Los ordenamientos procesales suelen contemplar en forma expresa esta alternativa, y así lo establece en el orden nacional el art. 314 del CPPN; en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el art. 159 del Código Procesal Penal contiene una medida similar, y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el art. 174, inc. 7 del C.P.P.

Este argumento se refuerza con el texto del art. 11 de la ley 24660, en cuanto establece que las disposiciones de esta son aplicables a los procesados. La jurisprudencia acompaña tales criterios desde hace bastante tiempo.

Características generales. Es un derecho del condenado solicitarla y eventualmente obtenerla, ya que la redacción solo deja a criterio del juez competente la concesión del beneficio, previa verificación de las condiciones o requisitos pertinentes para otorgarlo (como ocurre con la condena condicional o la libertad condicional o la suspensión de juicio a prueba). No es de concesión automática, pero tampoco queda librada al exclusivo arbitrio del juez; su decisión negativa debe estar fundada debidamente, y en su caso puede ser recurrida ante el tribunal superior.

a) Criterios de procedencia. Las personas procesadas: Según D'Alessio-Divito (a quienes venimos reproduciendo casi textualmente por la innegable claridad de sus conceptos), "ante todo se debe evaluar si es viable la excarcelación y, si lo es, el instituto en trato no juega ningún papel. Cobra relevancia cuando se decidió el rechazo de aquella y la persona procesada es sometida a prisión preventiva. Es que si a partir de las previsiones de los ordenamientos procesales (cfr. en el orden nacional, lo previsto por el art. 314 del CPPN) y de la regla que estipula que los preceptos de la ley de ejecución son aplicables a los procesados (ley 24.660, art. 11), la prisión preventiva puede ser cumplida en forma domiciliaria, y no es admisible que la decisión respectiva se funde en los criterios generales que autorizan a dictar la medida cautelar, pues -si así fuera- resultaría extremadamente difícil, por no decir imposible, imaginar algún caso en que el instituto examinado pudiera aplicarse. Por regla, la prisión preventiva se impone sobre la base de alguno de los riesgos procesales que permiten sustentarla (peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación), de modo que si su morigeración domiciliaria pudiera ser condicionada precisamente a que no se verifiquen aquellos -que, obviamente, ya se habían tenido por comprobados para decretarla- prácticamente no quedaría margen alguno para concederla. El criterio aquí sostenido, por lo demás, parece ser el único compatible con las normas que en los ordenamientos procesales imponen interpretar restrictivamente las disposiciones que coartan la libertad personal (así, en el orden nacional, los arts. 2 y 280 del CPPN)"[28].

b) Delitos comprendidos: Coincide la doctrina en que no hay delitos que se encuentren excluidos del régimen examinado (por más graves que sean), de modo que el instituto resultaría viable incluso en aquellos supuestos en los que, conforme al texto de los arts. 14 del Cód. Penal y 56 bis de la ley de ejecución, no pueden otorgarse la libertad condicional, los beneficios comprendidos en el período de prueba, ni la prisión discontinua, la semidetención o la libertad asistida.

No obstante ello, corresponde señalar lo prescripto en la actual redacción del art. 33 de la ley 26660: "La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente.

En los supuestos a), b) y c) del artículo 32, la decisión deberá fundarse en informes médicos, psicológicos y sociales.

La pena domiciliaria prevista en el artículo 10 del Código Penal, o cualquier medida sustitutiva o alternativa por cumplirse total o parcialmente fuera de los establecimientos penitenciarios, será dispuesta por el juez de ejecución o juez competente y supervisada en su ejecución por el patronato de liberados o un servicio social calificado, de no existir aquel.

En ningún caso la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal se requerirá un informe del equipo especializado previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución, que deberán evaluar el efecto de la concesión de la prisión domiciliaria para el futuro personal y familiar del interno.

El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe.

Al implementar la concesión de la prisión domiciliaria se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual solo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución" (Artículo sustituido por art. 24 de la Ley N.º 27375.

c. Condiciones. Otorgada la detención domiciliaria, el penado queda obligado a permanecer en el domicilio respectivo y, aunque la ley no lo ha estipulado en forma expresa, se entiende que aquel debe observar las demás condiciones que se le hubieran impuesto (art. 27 bis), supervisado por un patronato de liberados o un servicio social calificado, o la que el juez la estime conveniente, de modo que cabe concluir en que no es obligatoria para todos los casos.

d. Revocación: violación de abandonar el domicilio, comisión de un nuevo delito o desaparición de las causas que la originaron. El art. 34 de la ley 24.660 indica: "El juez de ejecución o juez competente revocará la



detención domiciliaria cuando el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado o cuando los resultados de la supervisión efectuada así lo aconsejaren o cuando se modificare cualquiera de las condiciones y circunstancias que dieron lugar a la medida (artículo sustituido por art. 25 de la Ley N.º 27375).

#### **Análisis de los casos en particular:**

a. Cuando el encierro impide la recuperación o el tratamiento adecuado de la dolencia por aquellas enfermedades que no son incurables como las que sí lo son cuando no se encuentran en período terminal. La ley no precisa cuáles son las dolencias aunque es claro que solo habilitarán la morigeración aquellas de las cuales el interno no puede recuperarse intra muros o que allí no pueden ser tratadas adecuadamente, a partir de las particularidades que presente la enfermedad respectiva. Se evalúa cada caso en concreto, computando riesgos de complicaciones derivadas del hacinamiento propio de las cárceles, las dificultades para practicar los estudios que demande el padecimiento respectivo, la efectiva disponibilidad en la enfermería o el hospital penitenciario de camas y medicamentos, la existencia de la cantidad necesaria de profesionales del arte de curar, etc. La ley dispone que el instituto procederá siempre que no corresponda el alojamiento en un establecimiento hospitalario, lo que guarda coherencia con el propósito de la norma, que no es otro que propender a respetar la salud del detenido.

b. Enfermedad incurable en período terminal: En todos los casos el informe social deberá acreditar la existencia del pedido de un familiar, persona o institución responsable que asumirla el cuidado del interno y su aptitud para ello, en caso de otorgarse la prisión domiciliaria, juntamente con los informes médico y psicológico, lo actuado será elevado al Juez de Ejecución o juez competente.

c. Interno discapacitado. Se procura la tutela del derecho a la salud previsto tanto a nivel constitucional (cfr. arts. 75 inc. 22 de la CN y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) como legal (art. 143 de la ley 24660) para aquellos casos en que la privación de la libertad en el establecimiento carcelario importe un trato indigno, inhumano o cruel. De allí que no cualquier grado de discapacidad, sino solamente aquel que torne —en el sentido expuesto— inadecuado el encierro habilitará a disponer el arresto domiciliario. Por último, al igual que para los casos del inciso b), la ley establece expresamente que "la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social..." (ley 24660, art. 33, párrafo segundo).

d. Interno mayor de setenta años. Esta disposición estaba establecida con anterioridad a la reforma introducida por la ley 26472, y fue abordada en varias ocasiones por la jurisprudencia. Atiende a la mayor

vulnerabilidad de las personas que han llegado a la tercera edad, de acuerdo con las disposiciones de rango constitucional que apuntan a brindar protección a los ancianos (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 4.5). En el supuesto aquí tratado, y a diferencia de lo establecido en relación con los incisos a), b) y c), la legislación ya no exige que se cuente con informe médico, psicológico y social, de modo que, aunque nada impide que el tribunal los solicite, aquellos no constituyen un requisito para la procedencia del instituto, el que —en definitiva— demanda exclusivamente que se encuentre acreditada la edad del causante, sin que sea menester la comprobación de circunstancias adicionales. La permanencia en el establecimiento carcelario podría llegar a constituir una violación a lo establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional; en el artículo XXV, in fine de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 5.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 7 y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

e. Mujer embarazada. La norma protege a la mujer y al hijo por nacer, para quienes el centro de detención es riesgoso según previsiones de rango constitucional (cfr. arts. 75 inc. 22 de la CN; 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y 24, inc. d) de la Convención sobre los Derechos del Niño). En idéntica dirección, se argumenta a favor del arresto domiciliario para las detenidas embarazadas, con base en las previsiones, pocas veces utilizadas, del art. 75, inc. 23 de la CN. Es claro que el beneficio no se concede si el arresto domiciliario no asegura el fin perseguido al ordenarse la detención (en el caso de la prisión preventiva, neutralizar los riesgos procesales constatados) y el segundo, que se preserven durante la detención los objetivos buscados por la ley al establecer el arresto domiciliario (en el supuesto del inc. e), velar porque el embarazo llegue adecuadamente a término...".

f. Madre de un menor de cinco años o de una persona discapacitada. La ley se basa en el art. 5.3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dando prioridad a los derechos -reconocidos a nivel constitucional- de los niños menores de cinco años (cfr. CN, art. 75, inc. 22; y Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 9.1, 18, 19, 23, 24 y 31(390)) y de las personas discapacitadas. f-1) Madre de un niño menor de cinco años: La doctrina ha enunciado los derechos del niño a no ser separado de sus padres, a la preservación de las relaciones familiares y a ser oído, añadiendo el principio de que los hermanos deben mantenerse unidos. No se requieren particulares exigencias para la concesión del instituto, aunque los tribunales suelen solicitar y valorar los pertinentes informes sociales referidos a la situación familiar de las personas involucradas. Los jueces deben escuchar a los niños involucrados (cfr. CDN, art. 12), destacando principalmente el deber simétrico del mundo adulto de escuchar y ser tenidos en cuenta al resolver y la necesidad de dar intervención a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces. f-2) Madre de una persona

discapacitada a su cargo: Para esta hipótesis la ley establece claramente que quien padece la discapacidad ha de estar "a cargo" de su madre. El beneficio no procederá —al menos en principio— si, por ejemplo, la persona afectada se encuentra internada para su asistencia en un instituto especializado. No interesa la edad del hijo (puede incluso tratarse de una persona mayor).

Otras modalidades morigeradas que prevé la ley de ejecución. La ley 24660 ha incluido, en su art. 35, las así denominadas "prisión discontinua" y "semidetención" para una serie de supuestos específicos.

La prisión discontinua (art. 36) debe ser cumplida mediante la permanencia del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, por fracciones no menores de treinta y seis horas, procurando que ese período coincida con los días no laborables de aquel.

La semidetención (art. 39) supone la permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, durante la fracción del día no destinada al cumplimiento, en la medida de lo posible, de sus obligaciones familiares, laborales o educativas. Sus modalidades pueden ser la prisión diurna (art. 41) y la prisión nocturna (art. 42).

## **Pena de multa**

Concepto, antecedentes, naturaleza y fines.

La pena de multa consiste en el pago de una suma de dinero al Estado, impuesta como retribución por el delito cometido.

Nuestro derecho no veda la posibilidad de dar al pago un destino diferente (es decir, que no vaya a las arcas del Estado), pero esta seguirá siendo multa en cuanto se imponga como retribución por el delito cometido.

Ahora bien, no debe confundirse nunca la naturaleza jurídica del instituto de la multa con la indemnización (la cual también consiste en un pago de dinero, pero en concepto de reparación al ofendido o damnificado por el daño ocasionado por el delito cometido y no de retribución por el ilícito penal)[29].

La indemnización se halla regulada en las leyes (penal y civil) para reparar el daño (material y moral) producido por el delito, en relación con la extensión del daño (moral y material) ocasionado (consecuencias

civiles), mientras que la multa como retribución nada tiene que ver, en principio y necesariamente, con el monto del daño producido por la conducta ilícita.

No obstante ello, sí ha de tenerse en cuenta -genéricamente- ciertos aspectos referidos al monto o extensión del daño causado por la conducta típica (conforme al art. 41 del C.P.), pues la multa se fija en proporción al bien jurídica tutelado, como en cualquier otra construcción típica (relación entre la conducta prohibida y la sanción).

Mientras la multa se rige por el principio de personalidad o individualidad de la pena, la indemnización no es personal, sino estrictamente patrimonial y puede ser demandada a quien ocasionó el daño (sus representantes legales -si es un incapaz-), a terceros vinculados al hecho o al mismo autor del daño, pero por otro tipo de relación jurídica, alcanzando a los patrimonios personales o más allá de ellos (seguros, el 50 % de sus bienes conyugales, su masa hereditaria etc.).

El hecho de que la multa, en cuanto pena, se rija por el principio de personalidad -propio de la sanción penal- hace que el único sujeto obligado al pago de la misma sea el condenado como agente del delito, no transmitiéndose a sus herederos en caso de muerte o insolvencia, por lo que cuando el art. 70 C.P. dispone que las indemnizaciones inherentes a las penas pueden hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aun después de su muerte, se refiere a las indemnizaciones por el daño causado por el delito, no a la multa y sobre bienes que aún se hallan en la masa indivisa dejada por el delincuente muerto.

En cuanto a la individualización de la pena de multa, la ley determina máximos y mínimos expresos, dentro de los cuales puede moverse la apreciación judicial -conforme a las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P.-, aunque en ocasiones los fija por medio de porcentajes sobre montos variables (como lo hace en el art. 260, segundo párrafo del C.P.).

Dentro de estos límites, el juez fija la multa teniendo especialmente en cuenta la necesidad económica como motivación del delito (arts. 40 y 41, C.P.) y la situación económica del condenado y sus posibilidades reales de afrontarla<sup>[30]</sup>.

## **Formulación legal**

El art. 21 del C.P. establece:

“La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado.

Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

El Tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado.

Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se preste ocasión para ello.

También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El Tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado”.

Ejecución y Conversión de la pena de multa. La multa se ejecuta por medio del pago en moneda de curso legal u otros valores (papel sellado), en un plazo que el juez puede determinar, ya que la ley no contiene disposición expresa sobre ello.

Puede autorizar inclusive el pago en cuotas o con trabajo comunitario libre, conforme al art. 21. Si el condenado no paga o no puede pagar, una vez agotados los medios sustitutivos enunciados, el Juez puede hacer efectiva la multa, mandándola ejecutar sobre bienes, o sueldos u otros ingresos del condenado (art. 21, 3° p. C.P.)[31].

Si el pago por cualquiera de esos medios fuere imposible o no se realiza, la multa se convierte en prisión, sea que el condenado no pagase la multa en el plazo fijado, que dejase de abonar las cuotas o que no cumpliera con la prestación ofrecida y dispuesta.

El cómputo de conversión de la multa en prisión se efectúa conforme con lo dispuesto por el art. 24 C.P., teniendo en cuenta que cualquiera sea el monto de la multa, la prisión sustitutiva nunca podrá exceder de un año y medio (art. 21, 2° párrafo, C.P.), tiempo arbitrariamente establecido por el legislador, porque bien pudo llegarse a los tres años (tope de todos los delitos menores).

El hecho de que la multa se convierta en prisión no hace variar la naturaleza de la pena por lo que todas las consecuencias seguirán rigiéndose por los principios de la multa (por ejemplo, la prescripción).

Esos distintos procedimientos sustitutivos son reversibles, pueden sustituirse los unos a los otros sin limitaciones. Sin embargo, si la multa se ha transformado en prisión, únicamente el pago podría sustituir nuevamente la prisión y no ya los otros medios enunciados, conforme al art. 22 C.P.

Cómputo de los días de prisión en relación con la multa (días-multa). Si el máximo de multa previsto en la ley penal (art. 22 bis y 109) es de \$ 90.000 y ello no puede equivaler a más de 1 año y 6 meses de prisión, cada día de multa en su máximo equivale a \$ 173 por día estimativamente.

Si nos enfocamos en los montos mínimos, la pena menor de multa que encontramos en los diferentes tipos de la parte especial es de \$ 750 y el mínimo de prisión es de 4 días (según en el art. 96). Si se divide \$ 750 por 4, nos da \$ 180.

Sin embargo, el art. 24 computa entre \$ 35 y \$ 175 el mínimo y máximo del día multa cuando realiza la equivalencia con el día de prisión preventiva, montos que al día de la fecha resultan ser irrisorios.

### **La multa como pena conjunta**

La pena de multa conjunta cuando el autor obrare con ánimo de lucro se aplicará aun cuando no estuviera prevista en el delito de que se trate, o (la pena de multa) estuviere prevista en forma alternativa con la pena privativa de libertad enunciada por el tipo. Es similar a la previsión del Código Penal alemán, que en el mismo sentido aplica pena de multa en forma conjunta con la de prisión, en forma excepcional y facultativamente, cuando el delincuente se enriqueció mediante el hecho o lo intentó.

Para ello, debe probarse el ánimo de lucro, ya que el delincuente pudo obrar con otros "animus", como el de venganza.

Art. 22 bis: "Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté solo en forma alternativa con aquella. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de \$ 90.000".

El texto es claro y contundente: cuando el delito de que se trata revela ánimo de lucro (u obtener un beneficio patrimonial), y el tipo que lo reprime no prevé multa como pena conjunta, el juez podrá aplicarla dentro de los límites establecidos por esta disposición de oficio o a pedido de la fiscalía (se puede aplicar en delitos como las estafas, algunos hurtos o robos, abigeato, secuestro extorsivo, extorsiones, explotación de la prostitución, usura, algunos peculados, cohecho, etc.)[32].

Va de suyo que esta acumulación oficiosa de pena que puede realizar el Juez solo es posible cuando la pena principal del delito bajo proceso prevea pena de prisión o reclusión, sin mencionar multa (hurto, usurpación, estafa, extorsión, etc.), o únicamente de Inhabilitación (aunque casi no existen en el actual Código Penal argentino pena únicas de inhabilitación).

No será aplicable entonces a las exhibiciones obscenas o a la malversación de caudales públicos (del art. 260), tipos penales que prevén respectivamente sanción de Multa o de Inhabilitación, en forma alternativa.

- Un problema que se presenta es la condición subjetiva de ánimo de lucro que deberá resultar del conjunto de las actuaciones o proceso mismo. Pero en el modo que está redactada la norma puede acarrear impugnaciones serias y fundadas por parte de la defensa, ya que no se daría la oportunidad al imputado de intimarlos a defenderse de este cargo que agrava su situación a lo largo de todo el proceso; del plus subjetivo que se le reprocha para justificar la imposición de la pena pecuniaria; o sea, el encaminamiento de su conducta a un fin de lucro.
- Otra cuestión por desentrañar es el término "podrá" que utiliza la ley en forma aparentemente contradictoria. Pareciera una facultad del Juez apreciar al final del proceso (analizada toda la prueba) si cabe la aplicación de la recarga pecuniaria.

### **Pena de inhabilitación**

Concepto. En el derecho argentino la pena de inhabilitación consiste en incapacidades referidas a esferas determinadas de derechos (Soler) o como la define Terán Lomas: consiste en la privación de derechos o de su ejercicio como consecuencia jurídica de la comisión de un delito. Moreno por su parte decía que "esta pena suprime o restringe a la persona de su libertad jurídica"[33].

Esta inhabilitación o incapacitación es pena principal en general, pero también puede ser aplicada como pena accesoria, en los casos específicamente previstos (como el del art. 12 del C.P.).

Respecto de su naturaleza, mientras para algunos tiene por finalidad la prevención general y especial, para otros se trata de una pena impuesta en protección de terceros esencialmente, toda vez que se pretende impedir (por ello se la llama también impeditiva) que el reo prosiga realizando una actividad determinada y específica, en virtud de la cual cometió el delito.

Así, se destaca la doble función de la pena de inhabilitación:

1. fines de prevención especial y general,
2. tutela de los derechos de terceros.

Por ello, es la única pena no sustituible ni posible de suspender en su aplicación (como ocurre con la prisión o la multa). Clases. La inhabilitación como pena admite varias formas de clasificarse:

A) Puede ser según su alcance: absoluta o especial (relativa) según el art. 19 y 20;

B) según su duración: perpetua o temporal.

C) puede estar prevista en forma autónoma (principal) o subsidiaria;

D) por la posibilidad de su imposición: única, alternativa, conjunta o facultativa.

La inhabilitación absoluta: Está definida y tiene su alcance, según el art. 19:

“La inhabilitación absoluta importa:

- 1.º La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular;
- 2.º La privación del derecho electoral;
- 3.º La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;



4.<sup>a</sup> La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión.

El Tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas”.

No es una incapacitación absoluta, lo que implicaría la pérdida total de derecho, la llamada muerte civil, sino que comprende el impedimento de ejercer solo aquellos derechos que están expresamente determinados por la ley.

Sin embargo, como aclara Creus, es preciso que exista una relación de derecho administrativo, por lo que no están comprendidos aquellos empleos en empresas privadas contratadas por el Estado para cumplir funciones propias de él. Quedan comprendidos los empleos en los entes autárquicos y quizás en ciertas empresas mixtas que se rigen por reglamentaciones oficiales en su funcionamiento empresarial.

En cuanto a la privación del derecho electoral, se veda al condenado el derecho a votar en cualquier tipo de elección para constituir cualquiera de los poderes de los Estados nacional o provinciales o de los entes municipales.

La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones especiales refiere a la privación de obtención o designación para cargos (funciones de rango jerárquico) o empleos futuros, tanto por ser elegido en elecciones convocadas para constituir los poderes del Estado nacional, provincial o municipal. Las comisiones públicas son aquellos encargos transitorios, relativos a una determinada actividad propia del Estado, aunque solo tuvieran carácter representativo (como jurado, liquidador de empresa del estado o interventor -sean onerosas o gratuitas-).

La pérdida de toda jubilación, pensión o goce de montepío que disfrutara el condenado le impide acceder a esos beneficios. Sin embargo, la disposición no alcanza a los beneficiarios del reo, que los percibirían de faltar el titular (la esposa, hijos menores, padres ancianos y desvalidos, que los perciben en ese orden, ya que los unos sustituyen a los otros). Si tales beneficiarios faltan en su totalidad, los fondos pasan a integrar los dispuestos por el art. 11 C.P., que es el que reglamenta la aplicación del producto del trabajo del condenado.

En cuanto a la duración, la inhabilitación absoluta comienza cuando la sentencia de condena que la dispone ha quedado firme y puede ser perpetua o temporal (a un plazo determinado). La inhabilitación temporal termina según el cómputo, similar al de las penas privativas de libertad.

Rehabilitación: En cualquiera de los dos casos de inhabilitación especial (perpetua o temporal), el penado puede ser rehabilitado. Esto pone fin a la pena que viene sufriendo, siempre que se den las condiciones establecidas por el art. 20 ter, que en su primer párrafo establece:

“El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquélla, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible.

La inhabilitación especial o relativa es la que priva al condenado del ejercicio de un derecho determinado y siempre en forma temporal (generalmente en protección de los terceros). Se impone cuando el delito constituye una violación de los deberes generales de conducta que impone un empleo, cargo, profesión o atribución que el reo desempeñaba al momento de cometer el ilícito, o en ocasión de desempeñarse en tal actividad (mala praxis del médico, conducción antirreglamentaria de un conductor profesional). La vinculación en virtud de la cual se impone la inhabilitación surge estrictamente del particular tipo penal de que se trate (Núñez) y tiene por finalidad que quienes han sido declarados responsables de su falta de habilidad, cuidados debidos o inexperiencia para ejercer esa función o cargo u oficio no lo sigan haciendo, hasta tanto no demuestren que están nuevamente en condiciones.

El art. 20 dispone:

*“La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena.*

*La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere”.*

En algunos casos, por ejemplo, se exige que el delito sea un resultado de la función, del ejercicio del derecho (por ejemplo, en el art. 242 C.P.); en otros, basta que el autor esté desempeñando un empleo o cargo público (por ejemplo, art. 238 C.P.). Se discute, sin embargo, si el ejercicio del derecho, cargo, etc., debe ser "legítimo"

(habilitado por ley) para que pueda imponerse la inhabilitación y así lo exige una corriente de nuestra doctrina (Fontán Balestra), mientras que otros sostienen que ello no es necesario (Núñez).

En cuanto al contenido, la inhabilitación especial puede importar la pérdida del empleo, cargo, del ejercicio de determinados derechos que implican la realización de ciertas conductas de modo más o menos permanente, de la profesión -en el sentido de oficio u ocupación habitual de las personas- y aun del ejercicio de un determinado arte. Esto último no surge del art. 20 C.P. como los anteriores, pero el art. 207 C.P. se refiere a ello.

Aunque con referencia a las profesiones y artes, una gran corriente de la doctrina sostiene que no es necesario que se encuentren reglamentados (ver, por ejemplo, Soler y Núñez), parece más lógica la postura que requiere esa reglamentación para que puedan ser objetos de la inhabilitación, ya que si el Estado no habilita su ejercicio, no se ve de qué modo puede prohibirlo, como mera actividad humana vocacional (salvo que se trate de actividades que impliquen riesgo para los demás). Véanse nuestras observaciones en “Abigeato- Hurto y Robo”, ed. Advocatus, 2015.

En la alocución derechos, quedan comprendidos también los electorales; pero a diferencia de lo que ocurría en la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre los que recayere, es decir, no queda comprendida toda la actividad electoral, como en la inhabilitación absoluta.

La inhabilitación especial, así como importa la pérdida de esos cargos, importa la incapacidad del condenado para obtener otros de igual naturaleza o ejercer un derecho del mismo género que aquel del cual se lo ha privado ejercer, durante el tiempo dispuesto por la condena.

Para el cómputo se siguen los lineamientos generales que hemos visto con referencia a la inhabilitación absoluta.

Sin embargo, en este caso también el reo puede ser rehabilitado (cuyo alcance hemos explicado en el punto anterior) conforme al art. 20 ter 2º párrafo (que analizaremos a continuación).

Rehabilitación. Art. 20 ter: “El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrida la mitad del plazo de ella, o cinco años cuando la pena fuere perpetua, si se ha comportado correctamente, ha

remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible.

Cuando en la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos.

Para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad”.

Según Núñez, la rehabilitación es la cesación anticipada de la incapacidad que se ha impuesto como pena al reo y que pone fin tanto a la inhabilitación temporal como a la perpetua, pero no se lo restituye al estado anterior a la condena.

Ello no obsta, sin embargo, que el rehabilitado pueda obtener un nuevo cargo idéntico para aquel en el que fue inhabilitado.

Dada las condiciones del art. 20 ter., la rehabilitación constituye un derecho de la persona y no una facultad pretoriana del tribunal. No obstante ello, solo podrá rehabilitarse al individuo una vez que se verifique el cumplimiento de las condiciones establecidas por la norma[34].

El procedimiento es muy sencillo: transcurrido el término o plazo, satisfechas las indemnizaciones y remediada la incompetencia, existiendo un pronóstico favorable de que no se incurra en nuevos abusos, el Tribunal que impuso la inhabilitación previa vista al fiscal, puede resolver por auto la restitución de los derechos del penado (por ejemplo obtener nuevamente autorización para conducir, para ejercer la profesión, arte, oficio, etc.).

Conforme al art. 281 bis de la parte especial, el penado que quebrante una inhabilitación impuesta judicialmente (como pena principal o accesoria) sufrirá una pena de dos meses a dos años de prisión.

### **Pena Conjunta de Inhabilitación Especial**

El art. 20 bis establece una pena de aplicación eventual en forma conjunta, pero limitada a determinados supuestos, cuando dice:

“Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

1°. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;

2°. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela;

3°. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

En caso de los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 — párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión. (Último párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N.° 27.206”.

En cuanto al primer inciso, la incompetencia es falta de pericia de destreza en el empleo o cargo. Abuso es la arbitrariedad, el manejo abusivo de poder (actuando fuera o más allá de la ley). Abuso en el ejercicio de algunas de las relaciones de derecho de familia (2° inciso) refiere a extralimitarse en las facultades que la ley otorga en cada caso para el ejercicio de los deberes propios de la patria potestad, tutela o curatela. En el tercer inciso, la incompetencia o el abuso refieren al ejercicio de una profesión o actividad de carácter privado (mientras que en el inciso 1° se hace referencia a actividad o empleo público).

Por otro lado, en el último párrafo, el artículo hace referencia a que para determinados delitos, la inhabilitación especial -en vez de resultar temporal- será perpetua cuando el sujeto activo se haya valido de su posición o cargo para la comisión del tipo doloso.

Respecto del término: “podrá imponerse”, parte de la doctrina entiende que ello refiere a que el tribunal, eventualmente, tiene la facultad de no imponer la consecuencia penal[35]. No obstante ello, a nuestro entender, aquella formulación no implica una facultad pretoriana para el magistrado. Por ende, en caso de comprobar la existencia de alguno de los supuestos previstos en los incisos, luego de evaluar la necesidad y utilidad de la medida, el juez deberá aplicar la sanción penal de inhabilitación. Es decir, el término “podrá” hace referencia a la necesidad de evaluar cada caso en concreto, a los efectos del mérito de sanción.

## Extinción de la pena

Concepto y causas de extinción de la pena. Tal como lo expusimos al tratar el tema de la extinción de las acciones penales, el Estado no tiene de por vida o eternamente la facultad de hacer efectivo el cumplimiento de una pena.

Por causales extintivas de la pena, se entiende aquellas circunstancias que al producirse tienen el efecto de extinguir la ejecución de la pena impuesta por sentencia firme. Ya no extinguen la pretensión punitiva (como ocurría con la acción penal), sino la ejecución de la pena misma, sea que esté en curso de ejecución o que, no habiendo comenzado a cumplírsela, se halle en condiciones de ejecutarse.

Presupone entonces que la pena haya sido impuesta mediante una sentencia irrecurrible y, en el lapso entre que ella queda firme y se la deba ejecutar, por alguna de las circunstancias que a continuación se analizarán, no puede empezar el proceso ejecutivo propiamente dicho (muerte del imputado, transcurso del tiempo, indulto, etc.). Las causales no están únicamente previstas en la ley y suelen coincidir en varios casos con las causales extintivas de la acción penal. Ellas son:

I) Muerte del condenado. Aunque la causal no se menciona expresamente en la ley penal argentina como extintiva de la pena, su efecto de tal naturaleza es indiscutible con referencia a las penas privativas de libertad y de inhabilitación. En cuanto a la pena de multa, ya hemos visto cómo el carácter personal de la pena de que participa esta impide su transmisibilidad hereditaria, por lo cual también con respecto a ella -la muerte- funciona como causal extintiva.

II) Amnistía. Está expresamente consagrada por el 61 C.P. que ya vimos al hablar de extinción de la acción penal: "La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a los particulares". Como causal de extinción de la pena, funciona con los mismos caracteres y requisitos que en la extinción; quedan en pie los derechos de la víctima o sus herederos para obtener las indemnizaciones por el daño cometido por el delito.

III) Prescripción. Es la extinción de las penas privativas de libertad, o de multa, por el solo transcurso del tiempo fijado por la ley, sin que aquella se ejecute.

Según el art. 66:

“La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si esta hubiese empezado a cumplirse”.

O sea que esta causal extintiva se da tanto cuando la pena no comenzó a ejecutarse como cuando la ejecución se quebrantó por cualquier causa (como la fuga del condenado).

En principio todas las penas se prescriben, menos la de inhabilitación, ya que no está contenida en la enumeración del art. 65 C.P. que dice:

“Las penas se prescriben en los términos siguientes:

1° La de reclusión perpetua, a los 20 años;

2° La de prisión perpetua, a los 20 años;

3° La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena;

4° La de multa, a los 2 años;

Cómputo. Para establecer cuál es el término inicial, o desde cuándo debe contarse el plazo de prescripción, previamente deben distinguirse:

a) Las penas que han comenzado a cumplirse: el plazo comienza a correr desde la medianoche del día en que se quebrantó el cumplimiento (por ejemplo, desde la medianoche del día en que el condenado se evadió).

Respecto de la multa que ha comenzado a ser pagada en cuotas o en servicios personales, el plazo comenzaría a correr desde la medianoche del día en que se debía pagar la cuota que no se pagó, o prestar el servicio que no se prestó, o se dejó de prestar el servicio.

b) Cuando la pena no ha comenzado a cumplirse, el término inicial se fija a la medianoche del día en que la sentencia condenatoria ha quedado firme.

Suspensión e interrupción. El C.P. argentino no menciona expresamente causales de suspensión de la prescripción de la pena, como sí lo hace con respecto a la prescripción de la acción penal. Tanto la CSJN como parte de la doctrina se han pronunciado por la vigencia de ese instituto también con respecto a la prescripción de la pena, pues su operabilidad surgiría de “la armónica inteligencia del sistema legal positivo” (Núñez).

Para la CSJN, existiría causal de suspensión cuando la misma ley impide temporalmente la ejecución de la pena (por ejemplo, cuando se debe entregar el condenado a un Tribunal de otra jurisdicción para que se lo juzgue por otros delitos). Habría interrupción cuando se da la comisión de otro delito.

Carácter. La prescripción de la pena es la pérdida del derecho-deber del Estado para hacerlas ejecutar. No es un derecho del condenado y, por lo tanto, su resolución o imposición no puede ser rechazado por el condenado, debiéndola aún declarar de oficio.

a) Indultar es el perdón liso y llano, en forma total o parcial, de una pena impuesta a un condenado y de todos los accesorios que dependan de esa pena principal.

Art. 68. “El indulto del reo extingue la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares”.

Esta es una facultad otorgada para extinguir la pena impuesta o disminuirla por razones de oportunidad a un poder distinto al judicial según las diversas legislaciones. En nuestro país, corresponde al Poder Ejecutivo. Posee carácter discrecional y no está sujeto a control ni veto de los otros poderes del Estado (aunque se requiera opinión judicial, la misma no es vinculante). Es una potestad del P.E. nacional (respecto a las penas por delitos) y de los provinciales (respecto a las sanciones contravenciones).

Sin embargo, solo tiene efectos penales y como en todos los casos analizados no se extingue el derecho a las indemnizaciones.

El indulto, generalmente, supone una pena en ejecución o por comenzar a cumplirse de inmediato, que es literalmente perdonada -en todo o en parte de su ejecución-. Sin embargo, la CSJN ha tenido distintos criterios en este aspecto.



Beneficia particularmente, o en forma expresa, a alguien. No tiene carácter general, como la amnistía.

Sin embargo, esta potestad (que es bastante poco republicana) tiene limitaciones según lo aclaran bien D'Alessio-Divito. En efecto, la potestad de indultar no se aplica a los casos de acusación por la Cámara de Diputados (art. 99, inc. 5° - CN), con lo que la Constitución ha querido, a través de esta excepción, impedir que el presidente frustre la concreción de un juicio político fundado en la comisión de un hecho delictivo por el acusado; por ello tampoco podría el indulto dejar sin efecto la destitución dispuesta por la Cámara de Senadores.

También están excluidos del indulto y de la conmutación de penas (rebajas de pena) los autores de actos de fuerza contrarios al orden constitucional y al sistema democrático que interrumpieren la observancia de los preceptos de la Constitución, de conformidad con lo previsto por el art. 36, párr. 2° CN.

En cambio, cuando la medida disminuye penas en forma genérica (por ejemplo para todos los delitos contra la propiedad cometidos en un año determinado, o en una región determinada), se llama conmutación y, generalmente, se dicta por ley.

1. Procedencia. Oportunidad. En puridad de concepto, no procede el indulto cuando no media sentencia firme. Sin embargo, en ocasiones, el poder ejecutivo ha indultado a simples procesados y la SCJN ha llegado a convalidar ese proceder en su jurisprudencia, afirmando que el indulto solo exige proceso, no sentencia firme.
2. En cuanto al fundamento de su aplicación, se sostiene mayoritariamente que está destinado a corregir el eventual error judicial, mientras que para Soler se basaría en un acto de equidad (cuando hubo exceso en la labor judicial). De todos modos, también en nuestro país hay indultos que han sido sometidos a control de constitucionalidad.
3. Órgano que tiene la facultad de indultar. Depende de la jurisdicción donde se haya dictado la condena. Si es en jurisdicción federal la facultad es propia del Presidente de la Nación (art. 86-6° C.N.); en cambio, si es provincial, dependerá de las disposiciones constitucionales locales -en general corresponde al Gobernador de la provincia-.

El indulto extingue la ejecución de la pena misma y sus efectos, entendiéndose, por ello, el cumplimiento de la pena principal y las penas e inhabilidades accesorias del art. 12 C.P.

No se extinguen las indemnizaciones debidas a terceros por el daño causado por el delito ni la condena misma -en cuanto al pronunciamiento judicial-, ya que, como bien sostiene Creus, el indultado sigue siendo

un condenado, con todas las consecuencias que este carácter tiene. Así, subsisten el decomiso de los instrumentos y efectos del delito (art. 23 C.P.).

Tampoco desaparece la condena como obstáculo para conceder el beneficio de una futura condena de ejecución condicional (art. 26 C.P.) o declarar al sujeto reincidente, en razón de lo prescripto por el art. 50 del C.P.

b) Perdón del ofendido. En los delitos de acción privada, el perdón del ofendido es una causal de extinción de la pena (art. 73 C.P.). Para que opere como tal, debe ser realizado en forma expresa y ante el órgano judicial competente o remitido al mismo mediante instrumento público o sujeto a sus formalidades.

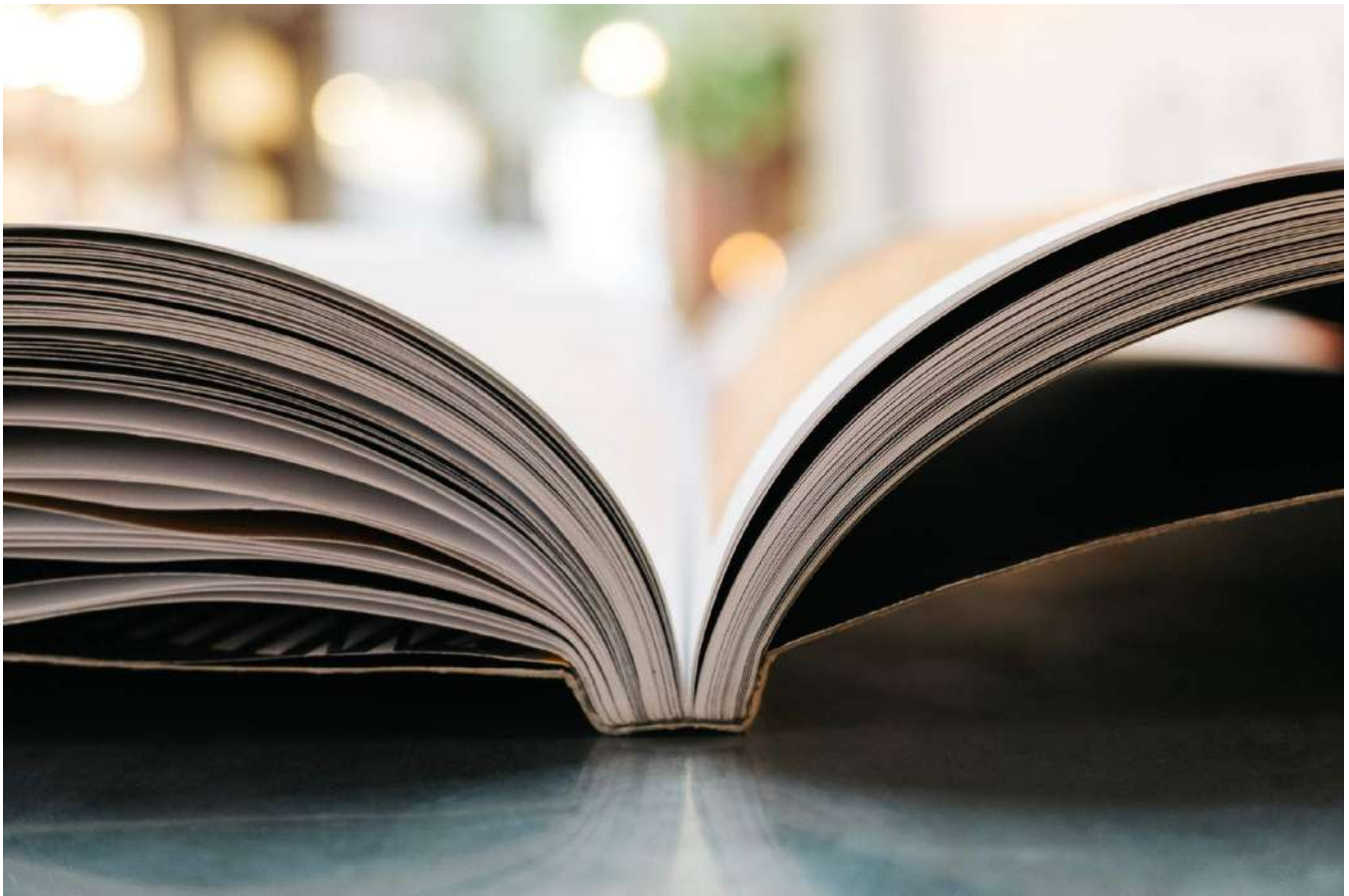
Si son varios los agraviados por el delito y todos o varios de ellos han intervenido como actores en la causa en la cual se condenó, el perdón debe proceder de todos los que tuvieron esa intervención procesal; en caso contrario, no se produce tal efecto.

Por el contrario, si son varios los querellados por la acción penal de ejercicio privado, no juega el principio de divisibilidad que la ley admite respecto de la acción, por lo que el perdón que se otorga a uno de los partícipes beneficia a todos los que actuaron en el hecho, conforme al art. 69 del C. P.

---

## 5.4 Referencias

---



[1] Siguiendo esta sistematización hemos organizado el tema para su estudio.

[2] Este carácter retributivo intrínseco e innegable, es compartido por Hassemer, Luzón Peña, Muñoz Conde, Polaino Navarrete, Mir Puig, Welzel. Y la mayoría de la doctrina nacional y extranjera.

[3] Art. 1, de nuestra ley de ejecución penitenciaria N° 24660.

[4] Op. cit.; T. 1 – pág. 48.

[5] Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, Parte General. 9na. Edición. BdeF. Madrid, España 2015. (pag. 90)

[6] En contra de estas posturas incrementadoras: Víctor René Martínez, César Hugo Barberis y otros modernos juristas.

[7] C.N.C.P., Sala IV. 21-3-00. S.T.J. - R. Negro, Sala penal, S. E. 62/98. C.N.Cr. y Corr. , Sala I, 26/5/92. etc.  
Fuente: Donna. Op. cit. pág. 209.

[8] S.T.J. Corrientes. 20/7/84. L.L. 1985-B-313.

[9] "Se debe conceder al imputado, condenado por segunda vez, el beneficio de la condena condicional aun tratándose de segunda sentencia. Cuando ésta se origina en un delito cometido antes de que se dictara la primera y el concurso de delitos así producido permite aplicar una pena que no exceda de los tres años de prisión, la circunstancia meramente procesal de que se hayan tramitado las causas por separado (por corresponder su juzgamiento a distintas jurisdicciones) no obsta a la concesión de dicho beneficio". Cámara del Crimen 2ª - Primera Circunscripción de la Pcia. de Mendoza, 11/04/94, "Fiscal c/ G., R. s/ falsificación de instrumento", c. 18115, Jueces: Guiñazú-Orquin-Palma, [www.jusmendoza.gov.ar](http://www.jusmendoza.gov.ar).

[10] "Determinación Judicial de la pena"- Pág. 31 y ss - Ed. Lerner. Córdoba.

[11] Ver nuestro trabajo sobre clasificación de víctimas en "Nuevos Enfoques en Victimología" – Ed. Mateo García.

[12] Lloveras. Conferencia sobre "Criterios sobre Mensuración de la Pena". Centro Núñez, Abril de 2003.

[13] El 10/12/1979, se sancionó la ley 22.117, que derogó la normativa anterior y, si bien fue modificada, sigue regulando lo referente al funcionamiento del organismo. En su redacción original, la ley se componía de 17 artículos, consagrando el primero de ellos que el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística

Criminal funcionaría bajo la dependencia del Ministerio de Justicia de la Nación, centralizando la información referida a los procesos penales sustanciados en cualquier jurisdicción. En los artículos siguientes, la norma se encargó de enumerar los supuestos en que los distintos agentes que intervienen en el sistema penal debían remitir información al organismo y las formalidades que debían cumplir esas comunicaciones, como así también los casos en que los tribunales debían requerir informes. Asimismo, reguló lo referido a la fidelidad de los registros, la reserva de la información, las tasas a abonarse para su obtención y el intercambio de datos con otros países. Finalmente, designó al Ministerio Público como organismo de aplicación de la ley, y estableció que sobre las bases de las comunicaciones remitidas, el Registro debía elaborar anualmente la estadística general de criminalidad del país. Al año siguiente a su publicación, se sancionó el decreto 2004/80 reglamentario de la ley, que determinó las formalidades que debían observarse en el marco de las tareas asignadas al organismo. Modificaciones: La ley 22.117 fue objeto de diversas modificaciones, introducidas por las leyes 23.262 del año 1985, 23.312 de 1986, 24.263 de 1993 y 24.316 de 1994. Las primeras dos reformas estuvieron relacionadas con los organismos autorizados para recabar informes del Registro, mientras que las posteriores tuvieron por objeto principal la incorporación de nuevos supuestos a la nómina de actos procesales cuyo dictado debía ser comunicado al mismo. Sin embargo, la modificación más importante que sufrió la norma estuvo dada por la sanción de la ley 25.266, el día 22 de junio de 2000, que implicó en primer lugar la sustitución de la denominación "Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal" por la de "Registro Nacional de Reincidencia". A partir de la sanción de esa ley, se sustrajo de la competencia del Registro la confección de la estadística general sobre criminalidad del país y funcionamiento de justicia, trasladándola a la Dirección Nacional de Política Criminal, dependiente de la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; y se consagró la obligación de determinados funcionarios públicos de brindar cierta información a los fines de su elaboración. Finalmente, a los efectos de garantizar el cumplimiento de dicha exigencia, se incorporó —a través del art. 13 bis— un tipo penal encargado de sancionar a los agentes que incumplan ese deber de informar. Art. 2º.— Todos los tribunales del país con competencia en materia penal, remitirán al Registro dentro de los cinco (5) días de quedar firme, dejando copia en la causa, testimonio de la parte dispositiva de los siguientes actos procesales: a) Autos de procesamiento u otra medida equivalente que establezcan los códigos procesales; b) Autos de prisión preventiva, u otra medida equivalente que establezcan los códigos procesales; c) Autos de rebeldía y paralización de causa; d) Autos de sobreseimientos provisional o definitivo, con indicación de las normas legales que los fundaren; e) Autos que declaren extinguida la acción penal, en los casos del artículo 64 del Código Penal; f) Autos de suspensión del juicio a prueba, de revocación de la suspensión y de extinción de la acción penal, previstos en los artículos 76 bis y ter del Código Penal; g) Autos de revocación de la condicionalidad de la condena, previstos en el artículo 27 bis del Código Penal; h) Sentencias absolutorias; i) Sentencias condenatorias, indicando la forma de su cumplimiento y acompañando la ficha de antecedentes con fines estadísticos; j) Sentencias que otorguen libertades condicionales o rehabilitaciones; k) Sentencias que concedan o denieguen extradiciones; l)

Sentencias que establezcan medidas de seguridad; ll) Sentencias que declaren la nulidad de cualquiera de los actos precedentes, los revoquen o los dejen sin efecto; m) Sentencias que hagan lugar a impugnaciones contra informes del Registro en los términos del artículo 10. Los tribunales que correspondieren, dentro de los cinco (5) días de recibida la pertinente comunicación, remitirán al Registro testimonio de la parte dispositiva de los decretos que concedan indultos o conmutaciones de penas. 1. El deber de comunicación del Poder Judicial. Organismos comprendidos La ley establece aquí la nómina de actos procesales que todos los tribunales del país con competencia en materia penal deben comunicar al Registro para su correspondiente inscripción. El texto alude en forma amplia a "todos los tribunales del país con competencia en materia penal", abarcando —por ende— tanto a los organismos que integran el Poder Judicial de la Nación como a aquellos que conforman los poderes judiciales de cada una de las provincias y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En lo referido al ámbito nacional, la ley 24.050(11) establece que el Poder Judicial en materia penal está integrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; la Cámara Federal de Casación Penal; la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal; los Tribunales Orales en lo Criminal, en lo Penal Económico, en lo Criminal Federal de la Capital Federal y Federales con asiento en las provincias; las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en lo Penal Económico, en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal y Cámaras Federales de Apelaciones con asiento en las provincias; los Juzgados Nacionales en lo Criminal de Instrucción, Correccionales, en lo Penal Económico, en lo Penal Tributario, de Menores, en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal y Federales con asiento en las provincias; el Juzgado Nacional de Ejecución Penal; el Juzgado Nacional en lo Penal de Rogatorias y los demás organismos que se establezca por la ley. En el ámbito provincial y en el de la Ciudad de Buenos Aires, los tribunales obligados a efectuar las comunicaciones dependerán de la organización de la justicia en materia penal establecida por las leyes locales (de cada una de las provincias y de la ciudad). En cuanto a cuál es el organismo específico que debe poner en conocimiento del Registro el dictado de la resolución, la regla general es que la obligación recae sobre el tribunal que la haya dictado. Sin embargo, se han originado discusiones en torno a quién debe efectuar la comunicación en caso de sentencia condenatoria cuando la autoridad que la dicta no es la encargada de supervisar su ejecución. La jurisprudencia no ha coincidido en la solución de la cuestión, entendiendo en algunos casos que la obligación recae siempre sobre el tribunal que emitió la sentencia(12), en otros que esa es la regla general pero que existen excepciones en las que la comunicación debe ser realizada por el juez de ejecución(13), mientras que en distintos supuestos se sostuvo que toda vez que la comunicación de una sentencia condenatoria exige de una completa información que incluya el vencimiento de la pena como de la caducidad registral, el deber de informar se encuentra exclusivamente a cargo de los juzgados de ejecución". Extraído del C.P. de la Nación comentado por D'Alessio – Divito.

[14] Ídem. Laje Anaya, Semanario Jurídico N° 1315. Córdoba, Noviembre de 2000.

[15] Por ley 25.767, sancionada el 6/8/03 y promulgada el 29/8/03.

[16] "Para aplicar la agravante prevista por el art. 41 quater del C. P. debe tenerse en consideración la edad del autor, esto es, que debe ser mayor de 21 años". "No basta con que objetivamente intervenga un menor en un hecho grupal, sino que la intervención del mismo tiene que tener como finalidad el descargar la responsabilidad en él. En concreto, se debe acreditar que en verdad existió por parte del adulto la intención de aprovecharse de la intervención del menor en el suceso. En consecuencia, si no existe elemento alguno que permita afirmar que el imputado se aprovechó de la minoría de edad a los efectos de descargar su responsabilidad, no corresponde aplicar la agravante prevista en el art. 41 quater del C.P." C.N.Crim. y Correc., Sala VI, 19/12/2005, "POZZI, Pablo Damián", c. 28.456. Jueces: Bunge Campos, Escobar, Elbert. Rubinzal Culzoni.

[17] Puede serlo: el juez de ejecución de sentencia (que es lo más razonable), o el tribunal que dictó la condena o el que unificó en último término la pena definitiva que se está purgando, o en otros lugares la propia Corte o el Superior Tribunal de la Provincia.

[18] "El C.P., enumera taxativamente las condiciones para la procedencia del instituto de la libertad condicional, a saber: a) haber permanecido en detención determinado tiempo y observando con regularidad durante ese lapso los reglamentos carcelarios; b) no ser reincidente, y c) no habersele revocado anteriormente su libertad condicional". Votos de Riggi-Tragant, C.N.Cas.Pen. Sala III, 22/3/96. R.P.F. – Rec. de Casación". Fallos: C.N.C.P. 1996 – 1. También: "La libertad condicional, no es una facultad discrecional, pues la ley concede ese beneficio al penado que reúne las condiciones taxativamente prescriptas para su procedencia, a saber: a). haber cumplido determinado lapso de condena con encierro; b). observancia, durante ese lapso y con regularidad, de los reglamentos carcelarios, c). no ser reincidente y d). no habersele revocado anteriormente su libertad condicional. Reunidas las 4 condiciones, la ley otorga esa libertad debiendo el juez acatar el mandato legal, y no denegar tal beneficio". Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal • 14/06/1996 • Fornari, Ariel R. • LLC 1997, 101.

[19] "Si la condenada se encuentra próxima a obtener la libertad condicional y su conducta dentro del Servicio Penitenciario resulta ejemplar, corresponde se la incorpore al régimen de semilibertad previsto en los arts. 23 y siguientes. de la ley 24.660 (Adla, LVI-C, 3375), ya que el espíritu de dicha ley de ejecución penal es lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social". Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata • 29/04/1999 • Simao, Liliana B. • LA LEY 1999-C, 607, con nota de Jorge Kent. También: "La libertad condicional es una forma de

cumplimiento de la pena, constituyendo una parte del período de prueba en el tratamiento preventivo especial penal tendiente a la readaptación o resocialización". Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de San Martín, sala II • 31/07/1986 • Paulillo, Jorge A. • DJ 1987-2, 439. La Ley On line.

[20] "El control de la observancia de los reglamentos carcelarios, es la base sobre la que se presume la buena conducta del condenado intramuros, en virtud de la cual se vislumbra su enmienda y futura readaptación social, y su ponderación, salvo arbitrariedad o absurdo, está dentro de las facultades del órgano que ejerce el control de la ejecución penal y no es susceptible de ser revisada por la vía del recurso de casación". C. N. Cas. Penal, Sala I, 22/11/96. Fallos: 1996-2

[21] "La concesión de la libertad condicional....es inherente al régimen legal de prueba del sistema progresivo de ejecución de la pena". C.N.C., 21/1/92. c. 251, "El C.P. y su interpretación" – Donna y otros, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, 2003.

[22] Así, para una pena de 6 años, deben haber transcurrido como mínimo 4 años para acceder al beneficio, siempre que se den los demás requisitos.

[23] "La exigencia establecida por el art. 13 del Cód. Penal para la procedencia de la liberación condicional consistente en la observancia regular de los reglamentos carcelarios, debe verificarse dentro del término establecido por dicha norma, esto es, en el caso, durante los ocho meses de prisión. Dicho lapso no es prorrogable ni a favor ni en contra del penado". TSJ Provincia de Córdoba, sala penal • 26/08/1987 • S. R. A. • La ley On line.

[24] "Sin perjuicio de que el reo haya observado con regularidad los reglamentos carcelarios y ha cumplido con las dos terceras partes de la pena impuesta en sentencia -no firme-, la circunstancia de que haya sido declarado reincidente por segunda vez, impide la procedencia del instituto de la libertad condicional, conforme lo dispuesto por el artículo 14 del Código Penal". TCPPBA, Sala I, 28/10/2008, "V.,F. s/ Habeas corpus", RSD-862-8 S, Jueces: Piombo-Sal L Largués-Natiello [www.jusbuenosaires.gov.ar](http://www.jusbuenosaires.gov.ar) Sumario nº B3257371

[25] "Cuando el art. 13 del Cód. Penal exige el cumplimiento de los reglamentos carcelarios se refiere a una relación de carácter objetivo que toma en cuenta la conformidad de la conducta del interno con los reglamentos que rigen la vida de encierro resultando irrelevantes todos aquellos aspectos relacionados con la personalidad moral o la peligrosidad del condenado". Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala I •



28/08/2003 • G., E. J. • LLBA - 2004 (marzo), 185. También: "Los jueces deben, al momento de tomar una decisión, contemplar el grado de peligrosidad y la prognosis de los futuros comportamientos, debiendo realizar una apreciación integral de la conducta y personalidad del encausado y no solamente valorar el informe del servicio penitenciario, ya que la conducta que debe observar el condenado no se limita al cumplimiento de los reglamentos carcelarios". S. T. J. Santiago del Estero, S. criminal, laboral y minas • 16/02/99 • S. E. O. • LL 2000-A, 568, (42.333-S) – LL NOA, 2000-339.

[26] "La existencia de un informe carcelario positivo no produce automáticamente la libertad condicional del condenado si existen circunstancias que revelan la conveniencia de denegarla, pues el informe de la autoridad administrativa no es vinculante para el tribunal". Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala criminal, laboral y minas • 16/02/1999 • S., E. O. • LL 2000-A, 568, (42.333-S) - LLNOA, 2000-339

[27] "Reformas al C.P." – Ed. Nova Tesis. 2001.

[28] Véase C.P. de la Nación. T. I; Ed. La Ley.

[29] Es más, véase que el máximo (90.000) previsto obligatoriamente por la ley, es irrisorio como pena a valores actuales y comparado a una indemnización reparatoria cualquiera directamente ridículo. Piénsese que ni siquiera satisface las costas de un juicio penal, que hoy por hoy es bastante alto. Debiera regularse el monto como lo hacen otras legislaciones que colocan como mínimo un salario mínimo vital y móvil y como máximo 10 o 20 sueldos mínimos. Con ello, se garantiza la actualización permanente.

[30] "A los fines de la correcta individualización de la sanción pecuniaria que dentro de la pertinente escala legal corresponde aplicar al imputado es menester considerar además de las pautas generales previstas en los arts. 40 y 41 del digesto sustantivo su situación económica. Al respecto, no resulta ocioso aclarar que la situación económica contempla no sólo el patrimonio e ingresos del condenado sino también sus obligaciones pecuniarias derivadas vgr. de su estado civil, de las cargas de familia, de su profesión, oficio o empleo, de la edad y del estado de salud. Se trata, pues de una ponderación general tendiente a que la multa sea una pena de similar entidad, en cada caso relativo, para todo sujeto". (Voto del Dr. Mitchell, adhieren los Dres. Fégoli y David). CNCP, Sala II, 30/11/2006, "Delgado, Juan Carlos s/recurso de casación". Causa nº: 6915, Registro nº 9344.2, Jueces: Fégoli, Mitchell, David. [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar) Publicado en Revista de Derecho Penal, Consecuencias jurídicas del delito - I, 2009-1.

[31] "La pena de multa importa una restricción al derecho de propiedad del condenado y encuentra como límite la prohibición de la confiscatoriedad". Sanz, Christian Eduardo s. Recurso de casación /// Cámara Nacional de Casación Penal Sala I (denominación anterior al art. 13, Ley 26371, B.O. 30/05/2008); 12-03-2007; Boletín Secretaría de Jurisprudencia de la CFCP; RC J 12643/

[32] "Corresponde imponer al condenado por hurto simple la pena complementaria de multa establecida en el art. 22 bis del Cód. Penal por cuanto el ánimo que inspiró su delictuoso proceder fue precisamente el lucro, que en el caso de autos excedió con largueza el que es natural y se encuentra ínsito en todo delito contra la propiedad". C.N.A. C. y Corr., Sala II, 02/03/82, "G.O." Causa Nº 31.205. Jueces: Rivarola, Palacios. (pjn.gov.ar)

[33] Rodolfo Moreno (h) "El código penal y sus antecedentes", T. II – p. 25.

[34] Ídem Camargo Hernández - "La rehabilitación" Pág. 22.

[35] Entre ellos: Núñez: "Las disposiciones generales...", Ed. Lerner, comentario al artículo, pág. 66.

# Introducción a la unidad

---



---

**En este capítulo y bajo este rubro estudiaremos las penas, o consecuencias retributivas, que se imponen en forma accesoria a las penas principales, pero que resultan inherentes a las mismas.**

# Contenidos de la Unidad

1

Inhabilitación Accesorio

2

Decomiso

3

Referencias

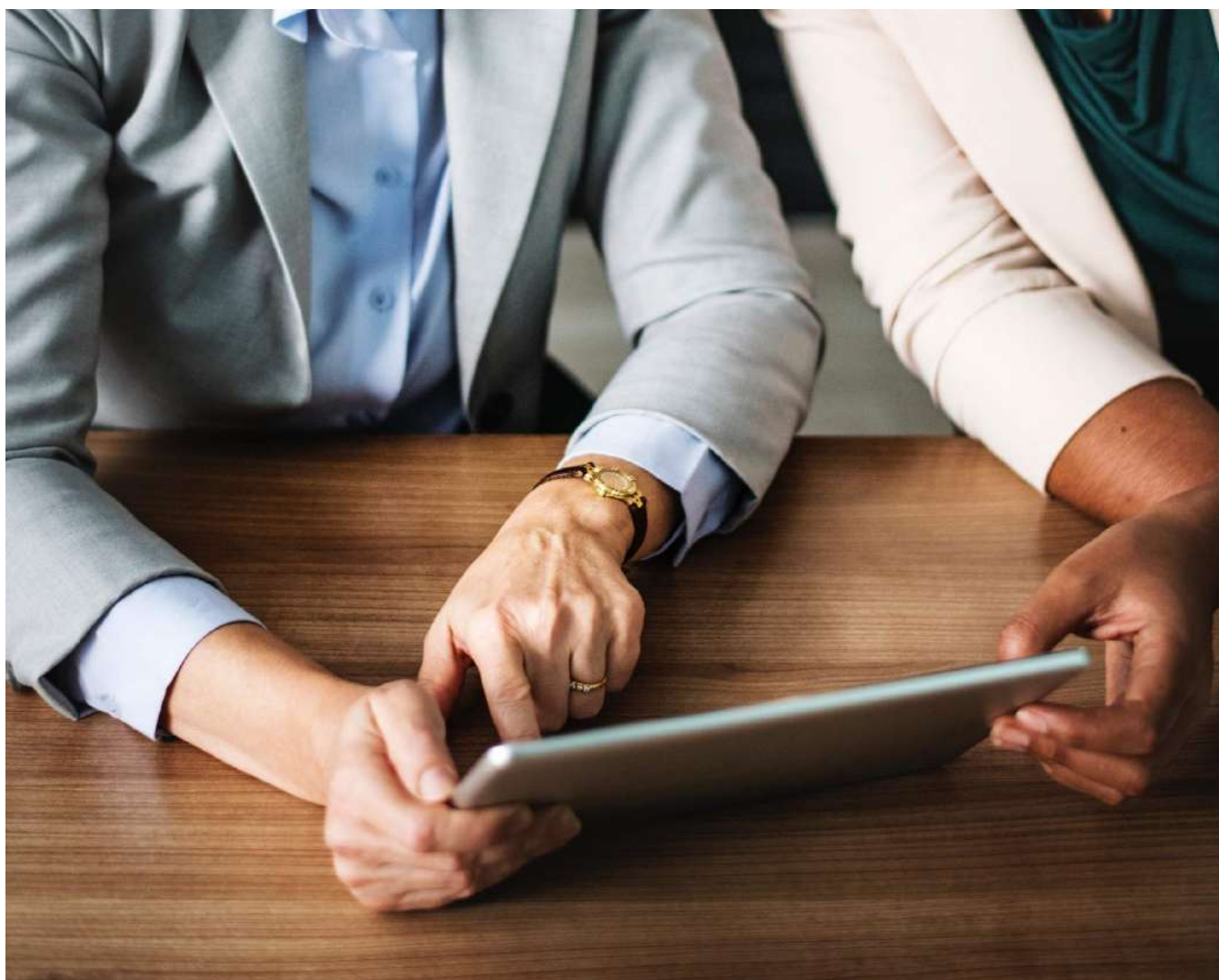
## Comenzar la unidad

Te invitamos a recorrer el contenido de la unidad.

[IR AL CONTENIDO](#)

## 6.1 Inhabilitación Accesorio

---



---

La pena accesoria es aquella que se impone en forma subsidiaria y/o conjunta con una principal, de la cual depende para su existencia.

## **Conforme al art. 12 del C.P.:**

“La reclusión y la prisión por más de 3 años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta 3 años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importa además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”.

Según el art. 19 del C.P., esta inhabilitación absoluta accesoria importa la privación de empleo o cargo público que ejercía el penado, la privación del derecho electoral (tanto a elegir como a ser elegido), la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas y la suspensión del goce de jubilación, pensión o retiro (civil o militar) cuyo importe será percibido por los parientes con derecho a pensión, pudiendo concurrir hasta la mitad de dicho monto la víctima o los deudos que estaban a su cargo, o hasta el 100% si el penado no tiene derecho a pensión, hasta cubrir el monto de las indemnizaciones fijadas a las víctimas.

---

**Como surge del texto de la ley, la inhabilitación no se aplica a las penas privativas de libertad que alcancen hasta 3 años o inferiores a ese plazo[1]. Pero a partir de los 3 años, su imposición es imperativa. Por ello, se sostiene que no es necesario que la sentencia condenatoria expresamente la mencione ni se la fundamente, ya que está impuesta por imperio de la ley, en razón de su inherencia con la pena principal (según De La Rúa, Núñez, Gavier, Soler, etc.). Tampoco interesa la índole del delito cometido, salvo para los casos en que la extensión de la inhabilitación accesoria se extenderá más allá del término de la pena principal.**

La pena accesoria se efectiviza a partir del momento en que se comienza a cumplir la pena principal y se suspende al momento de otorgarse la libertad condicional (art. 16 del C.P. y 220 de la ley 24660) o la asistida. Cae por sí misma cuando cesa la pena principal y solo se prolonga más allá de esta cuando el tribunal así lo hubiere establecido (no más de 3 años, pues es el plazo máximo que establece el art. 12 del C.P.).

En los casos de que la pena principal se extinga por la prescripción, por la muerte del condenado, por indulto u otra similar, también cesa automáticamente la inhabilitación.

## 6.2 Decomiso

---

---

**Previo a entrar en este tema es necesario aclarar el significado del término decomiso, o comiso, o confisco (C.P. Brasil), o confisca (C.P. Italiano), ya que tradicionalmente se nos enseñó que se trataba de una pena accesoria que se imponía además de la principal en determinadas situaciones.**

Este es el caso del art. 23 del C.P. argentino que analizaremos más adelante (cc. con los arts. 127 y 128 del C.P. Español, 240, 722 y 236 del C.P. Italiano, 122 al 125 del C.P. Brasileño). Hasta aquí la primera idea o concepto.

Pero en segundo término, diremos que también existe decomiso o confiscación en otras situaciones no necesariamente vinculadas a una pena principal y a veces ni a un proceso penal. Son aquellos casos en los que la autoridad pública secuestra, confisca, destruye o vende elementos o cosas que resultan peligrosas para la comunidad y que han sido halladas o encontradas en el curso de un acto cualquiera de autoridad o particular. Son ejemplos de esta última modalidad el hallazgo de explosivos, sustancias químicas peligrosas, desechos tóxicos,



drogas, naves hundidas que dificultan la navegación en un río o canal, minas o bombas enterradas en lugares que fueron escenarios bélicos, etc. En estos supuestos el decomiso tiene carácter de medida de seguridad generalmente preventiva para la seguridad común.

---

**Por último, en una tercera acepción, puede estar previsto como pena principal en el Derecho Contravencional o Penal Municipal o Penal Disciplinario (confiscación o decomiso de mercadería en mal estado o adulterada, de material prohibido, de literatura pornográfica prohibida en un establecimiento educacional, etc.).**

---

Desde el punto de vista que interesa a nuestra materia, nos referiremos al decomiso como pena accesoria de la principal:

## **Artículo 23 del C.P.:**

“En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de estos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra estos.

---

**Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra este.**

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquella dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá.

En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes por decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima (Párrafo sustituido por art. 20 de la Ley N.° 26.842 B.O. 27/12/2012).

En caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de este Código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. (Párrafo incorporado por art. 6° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado solo se podrá reclamar su valor monetario (Párrafo incorporado por art. 6° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011).



El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse

de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros (Artículo sustituido por art. 1.º de la Ley N.º 25815 B.O.1/12/2003).

## Ley 25815

1 —

En el primer párrafo se establece la regla general del decomiso (que es la confiscación o privación definitiva de los bienes) cuando fueren provenientes de un delito cualquiera por el que recayera condena.

Los bienes sujetos a decomiso pueden ser tanto los utilizados como medio para cometer el delito como así también los que resulten en carácter de botín o provecho del ilícito cometido. Estos bienes, cosas o dineros tendrán como destino las arcas del Estado nacional, provincias o municipios (salvo que deban ser destruidos). Quedan a salvo de este régimen los bienes o efectos que pertenecen a terceros de buena fe y que deben serles restituidos o indemnizados por su valor correspondiente.

2 —

El segundo párrafo permite el decomiso o confiscación de bienes o instrumentos del delito cuando estos elementos resultaren peligrosos para la seguridad común, dejando a salvo el deber de indemnizar a terceros ajenos de buena fe que tengan derecho a ello.

El Tribunal decidirá el decomiso -por cuestiones de seguridad común- y ordenará la indemnización, fijando su monto y modalidad. Sin embargo, aquella se efectivizará por trámite separado de la causa principal, similar a la acción civil por daños y perjuicios que emana del delito.

### **3** —

El párrafo tercero establece que cuando el delito fuere cometido por personas que actúen como mandatarios, órganos, miembros o administradores de una persona jurídica, ya sea en provecho de la misma o de sus autores o partícipes, el producido del delito se decomisará a los beneficiarios. La excepción al principio de la personalidad de la pena se establece precisamente por el carácter real del Decomiso.

### **4** —

El cuarto párrafo establece el decomiso de los bienes que hubiere obtenido un tercero beneficiario, a título gratuito.

### **5** —

El quinto párrafo dispone que los bienes de uso o interés cultural se destinarán a favor de establecimientos de esa índole o entidades de bien público. Si no fuere así, pero tuvieran valor comercial, se los enajenará, y en caso de no tener valor alguno, se los destruirá.

## 6 —

El sexto párrafo refiere a delitos específicos (promoción o facilitación de la corrupción o de la prostitución y explotación de la prostitución; reducción a la servidumbre o esclavitud, matrimonio esclavo, trabajo esclavo, o servicios forzados; coacción calificada y secuestro extorsivo) como excepción a la regla que hemos sentado interpretativamente más arriba, expresamente se establece el decomiso de muebles e inmuebles donde se hubieren perpetrado estos delitos (con las excepciones apuntadas en el párrafo 1.º (terceros de buena fe propietarios). Tales bienes y las multas que se impongan se destinarán a los programas de recuperación de las víctimas (no necesariamente van a parar a manos del Estado); pueden ser organizaciones no gubernamentales u otras entidades dedicadas a la asistencia de damnificados.

## 7 —

El séptimo párrafo está tácitamente derogado porque refería a los derogados arts. 213 ter y 213 quater. Pero ha sido reemplazado expresamente por el art. 305 (según ley 26683 del 21/06/11), cuyo texto es altamente confuso y hasta peligroso, porque autoriza a decomisar aun sin sentencia en los casos de lavado de activos ilícitos, aunque resguarda de alguna manera el derecho de terceros de buena fe, obligándolos -sin embargo- a llevar adelante una acción administrativa o civil para obtener su reparación o hacer valer los reclamos que correspondan.



El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes.

En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier



otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Solo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico.

---

"Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado solo se podrá reclamar su valor monetario".

La especial situación de los delitos contra el orden económico financiero. En esta clase de delitos recientemente incorporados a nuestro C.P. por el art. 305 (ya reproducido) se han regulado otras medidas que complementan lo hasta aquí estudiado y por ser "ley especial", solo para el caso de estos delitos de lavado de activos. Tienen aplicación sin perjuicio de que se discuta arduamente su constitucionalidad o al menos su razonabilidad.

## Medidas Cautelares

Son las que se dictan en el curso de la investigación (embargos, depósitos, secuestros, precintados, clausuras, depósito judicial en manos de terceros o administradores judiciales), con el fin de asegurar la custodia o garantizar la administración, conservación o ejecución (si correspondiere) y disposición (realización, liquidación o venta) de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos.

---

**No toda persona jurídica debe estar necesariamente comprometida, y el Juez debe salvaguardar los bienes, preservando para la Justicia los que va a decomisar y debiendo separarlos o distinguirlos adecuadamente de los que no lo serán y continuarán siendo parte del giro ordinario de la persona jurídica.**

## **Reglas y Supuestos del Decomiso**

La particularidad de la norma es que en operaciones de lavado de activos serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal. Esta disposición autoriza la confiscación judicial anticipada (liquidación y desaparición de activos, instrumentos, inmuebles, otros efectos y demás productos del delito, antes de una sentencia definitiva que declare la existencia

del delito), pero bajo ciertas condiciones particulares que justifican esta excepción relativa al art. 23 del C.P. y que la propia ley enumera:

A	B
<p>Cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen (esto exige un grado de convicción suficiente y probada) o la ilicitud del hecho material al que estuvieren vinculados.</p> <p>Pero además le agrega como requisito que el imputado no pudiese ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, porque se haya fugado, por haber operado la prescripción de la acción penal, o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal. Se adoptó en cierto modo el sistema francés, que admite el enjuiciamiento en ausencia y que en estos delitos es perfectamente previsible.</p>	

A	B
<p>Cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. También es una excepción a los principios generales que se aplican actualmente en derecho penal (en cuanto que la sola confesión no basta, si no se cohonesto con otros elementos de prueba en igual sentido). De todos modos, la medida parece adecuada (siempre cuidando dejar a salvo el derecho de terceros), pero cerciorándose de que el imputado refiera exactamente a los activos vinculados al delito.</p>	

## Destino del Decomiso

El producido del decomiso será destinado a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Solo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico. La disposición es similar al destino del decomiso en materia de estupefacientes, trata de personas y delitos sexuales.

## Derecho de Terceros

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado, solo se podrá reclamar su valor monetario.

## Diferencias entre Decomiso y Secuestro

No debe confundirse el decomiso con el secuestro. Este último tiene carácter procesal, y nada prejuzga acerca de la propiedad o destino de la cosa secuestrada. Mientras que el decomiso extingue el derecho de dominio sobre las cosas, el secuestro es un medio para que el juez asegure pruebas o haga ciertos los eventuales resultados del juicio.

Concluido el fin procesal del objeto secuestrado, este debe ser devuelto a poder de quien lo tenía, salvo que se apliquen las disposiciones de los arts. 23 y 29 del Código Penal.

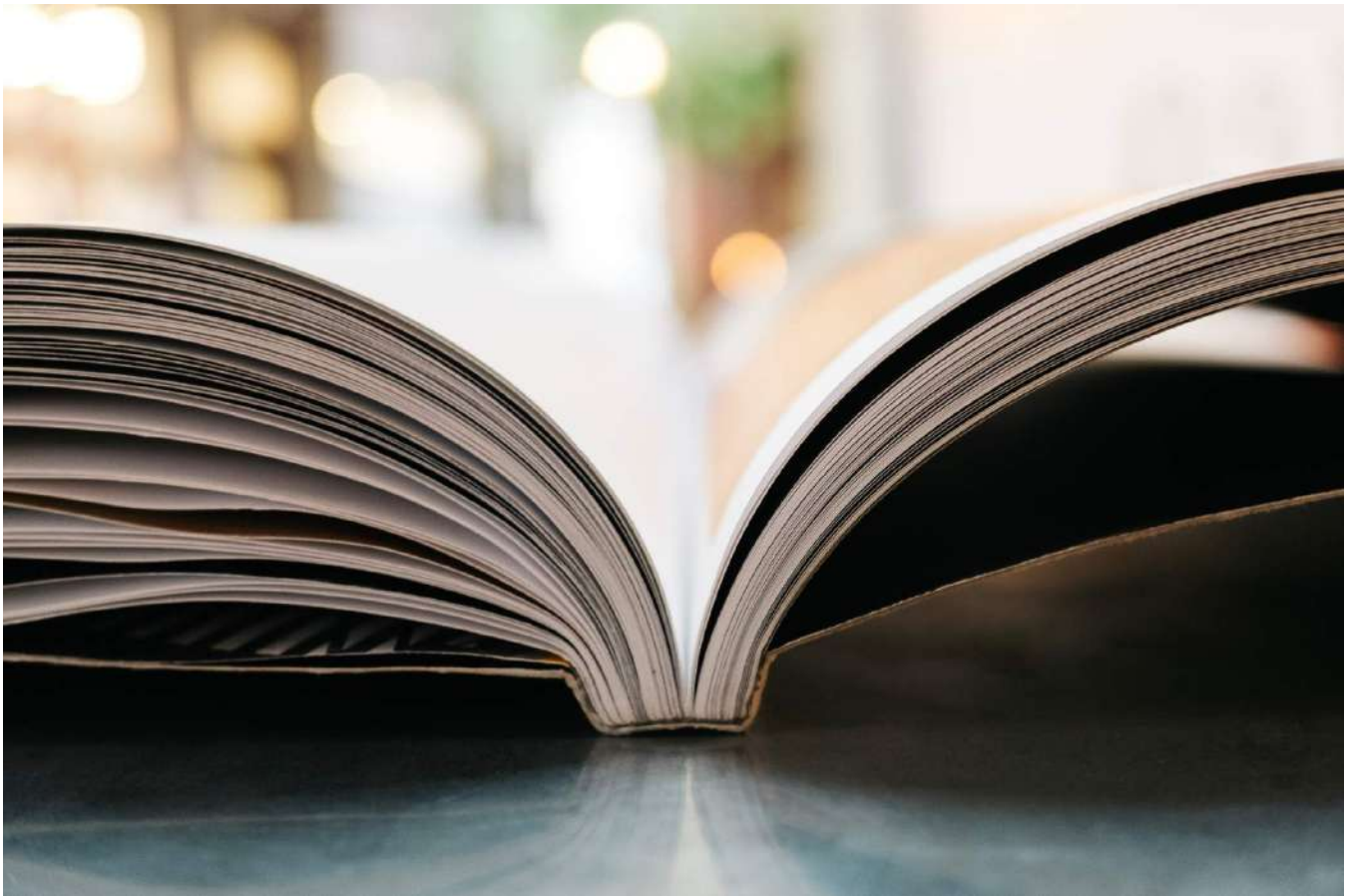
“Medidas cautelares: Por medio de la reforma introducida por la ley 25815 y luego la 26683, se otorga expresamente a los jueces la facultad de adoptar medidas cautelares suficientes (párrs. 7º y 8º) con el fin de: 1) asegurar bienes eventualmente sujetos a decomiso; 2) hacer cesar la comisión de un delito o sus efectos y 3) evitar que se consolide el provecho u obstaculizar la impunidad de los partícipes”.

*“Se trata de reglas de naturaleza procesal, que podrían ser susceptibles de cuestionamientos desde el punto de vista metodológico por su inserción en el Código Penal. Sin embargo, se ha señalado que puede considerarse salvada su razonabilidad y que, desde la perspectiva de una pragmática política criminal, tal vez no sea desacertado fijar pautas de procedimiento comunes para los jueces nacionales y provinciales respecto de este tema particular, teniendo en cuenta que si bien todos los códigos de procedimientos prevén el secuestro de cosas relacionadas con los delitos sujetas a decomiso, gran parte de ellos no autorizan expresamente la adopción de otras medidas cautelares con fines distintos, ni*

*abarcando la amplia gama de bienes a los que ahora resulta aplicable este artículo, y ninguno de ellos admite hacer esto último "desde el inicio de las actuaciones judiciales"[2].*

## 6.3 Referencias

---



- [1] De La Rúa – C. P. Comentado.
- [2] “C.P. de la Nación” – D’Alessio-Divito; Tomo 1. Ed. La Ley – Bs. As.

# Introducción a la unidad

---



## Contenidos de la Unidad

1

Concepto y naturaleza

2

Las Medidas de Seguridad en el Derecho Argentino

---



**Comenzar la unidad**

Te invitamos a recorrer el contenido de la unidad.

[IR AL CONTENIDO](#)

## 7.1 Concepto y naturaleza

---



**Concepto y Naturaleza**

---

**Ya dijimos que las consecuencias jurídico-penales del delito podían ser las penas o las medidas de seguridad. En efecto, otras consecuencias del delito son el daño moral o material que se causa a la víctima o al damnificado, la alarma social, la destrucción o puesta en peligro de bienes jurídicamente amparados, etc.**

Mientras la pena (como dice Jakobs) es la reacción propia de Estado para afianzar el orden jurídico (o la vigencia de la norma atacada por el delito), la medida de seguridad “aparece como una sanción “sin delito” que se aplica a la persona que cometió una acción típica y antijurídica y que no puede ser reprochada por ser inimputable, pero que es considerada peligrosa”[1].

La justificación ética o fundamentación para la aplicación de las medidas finca en el siguiente razonamiento: “Quien por su imposibilidad o incapacidad (enfermos mentales, niños, o disminuidos mentales) o por su falta de dominio como consecuencia de sus malas inclinaciones (vicios, adicciones o malas costumbres) pierde el dominio de su libertad interna, no puede pretender la libertad social completa”.

---

**Las medidas de seguridad surgen como instituto autónomo a finales del siglo XIX, a partir de la necesidad de que el derecho penal, hasta ese entonces con una función puramente represiva (carácter**

**monista), extendiera su función a la prevención de comportamientos delictivos por parte de inimputables peligrosos en los que la culpabilidad estaba ausente, así como también a la prevención de los comportamientos de reincidentes, con una clara tendencia a la reiteración del delito (doble vía).**

“Estos sujetos representaban un peligro del que la sociedad debía protegerse (pero además había que ampararlos a ellos, de los daños que se pudieren causar). En el marco del derecho penal de la llamada “escuela clásica” imperaba un sistema monista o de única vía, basado exclusivamente en la pena. Las teorías absolutas o de la retribución no comprendían en su propia lógica la necesidad de una ejecución de la pena en atención a sus consecuencias sociales, es decir, la utilidad de la pena quedaba totalmente fuera del fundamento jurídico de la misma; solo era legítima la pena justa aunque no fuera útil. Estas teorías por su sentido limitador de la gravedad de la pena aplicable tienen todavía cierto reconocimiento cuando se rechaza la utilización del condenado para fines preventivo-generales; e incluso están retornando a la discusión actual, ante la impotencia de las ciencias sociales para legitimar en el conocimiento empírico las teorías preventivas, aunque teniendo en cuenta que la necesidad de la ejecución de la pena sin consideración alguna de sus consecuencias sociales, algo que estaba en la lógica de las teorías absolutas en sus formulaciones originales, choca hoy con el sentimiento jurídico moderno, pero no con la concepción del hombre medio que reclama penas más duras”[2].



Mientras la pena es, esencialmente, el mal con que se retribuye al autor de un delito por el mal causado por este y en función de su culpabilidad, la medida de seguridad es aquella que, atendiendo a la peligrosidad de una persona, procura eliminar tal rasgo, sea mediante procedimientos que tienden a educar, corregir o curar o aún segregar de la sociedad (art. 52 del C.P. que la CSJN ha declarado inconstitucional), si aquellos otros procedimientos se muestran ineficaces (Núñez).

Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar plantean que "(...) no es que el poder punitivo siga "creyendo" en el peligro del enfermo mental, en el viejo sentido positivista, sino que "sabe" que aquel no tiene más probabilidades de cometer delitos que las de cualquier otro habitante, pero igual le impone penas de privación de libertad solo para evitar que cualquier accidente pueda desacreditar

su imagen como proveedor de seguridad; así, la imposición de penas a incapaces psíquicos bajo el nombre de 'medidas' no es más que un recurso para reforzar la confianza del público al sistema"[3].

En definitiva, las medidas de seguridad son un instrumento del derecho penal cuyo fin consiste en atacar la peligrosidad de una persona manifestada a través de la comisión de un delito.

---

**Ferrajoli afirma que las medidas de seguridad carecen de todos los requisitos garantistas en tanto, al aplicarlas, no está vigente el principio de retribución, lesiona el principio de legalidad porque la duración de la medida no está predeterminada legalmente ni determinada en la resolución que la impone y agravia también el principio de estricta jurisdiccionalidad que implica un modelo de proceso penal contradictorio ya que en la imposición de una medida de seguridad no existe ningún hecho a probar, sino una cualidad a declarar[4].**

Sobre la base de estas consideraciones (ausencia del principio de retribución, legalidad, proporcionalidad, estricta jurisdiccionalidad y sustento en el criterio de peligrosidad) la imposición de una medida de seguridad es muchas veces cuestionada en el ámbito penal.

En cuanto al carácter, la doctrina discute si las medidas de seguridad son penas. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido delineando diferencias nítidas entre ambas: las penas tienen por presupuesto un delito punible y las medidas de seguridad un hecho que, si bien presenta los elementos objetivos y subjetivos de un delito, no es imprescindible que constituya un hecho punible; la pena se funda en la imputabilidad y la culpabilidad, por lo que ha de ser determinada de antemano; las medidas de seguridad, en cambio, en la atribución de un injusto inculpable y en la peligrosidad de la persona. Se basan en las cualidades personales del individuo y por ello son indeterminadas. Las penas son siempre una consecuencia jurídica por un delito y constituyen una reacción y sanción jurídica por él; en cambio, las medidas de seguridad son adoptadas exclusivamente como medio de defensa contra el peligro. La mayor diferencia está dada por la circunstancia de que las medidas de seguridad no difieren de las penas por su contenido, sino por la mayor aflictividad que comporta su duración indeterminada.

---

**Sin embargo, lo cierto es que, pese a las diferencias enunciadas, ambas son una reacción estatal de carácter coactivo y, por lo tanto, cuando se impone una medida de seguridad, deben exigirse las mismas garantías que rigen para la pena (principio de conducta o acto, principio de legalidad -y de los que allí se derivan: reserva, atipicidad, irretroactividad, prohibición de analogía-, principio de lesividad al bien jurídico, principio de inocencia, tutela judicial efectiva). Pues se trata también de una intervención coactiva y**

**limitadora de la libertad individual que de ningún modo puede socavar la dignidad de la persona.**



## 7.2 Las Medidas de Seguridad en el Derecho Argentino

---



### 1) Medidas Curativas

Son las previstas en el art. 34 C.P., y que son aplicables únicamente al autor de hechos ilícitos que son inimputables. **Se subdividen en dos especies:**

1

Casos de inimputabilidad por enajenación (arts. 34, 1.º, 2.º p. C.P.). La medida consiste en el encierro manicomial. Para su aplicación, se exige un pronóstico de que el sujeto debe ser peligroso. No se refiere estrictamente a un peligro de carácter delictivo, sino de aquel que hace a la seguridad de la persona o de los bienes en general o la del mismo inimputable. Este concepto comprende el de la peligrosidad criminal.

*La internación es una facultad del Tribunal y ante un caso de enajenación el C.P. no exige requisitos previos para imponerla. Sin embargo, se ha aceptado unánimemente la necesidad de un dictamen médico previo, la intervención del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.*

2

Por otros casos de inimputabilidad (art. 34-1º, 3º p. C.P.). En este caso, la medida de seguridad consiste en el encierro de la persona en un establecimiento adecuado para el tratamiento de la afección que sufra. En principio es pacífica la doctrina respecto a que la medida procede solo en los casos de inimputabilidad por inconsciencia o patologías que justifiquen la imposición de un tratamiento obligatorio (ebriedad crónica o consuetudinaria, toxicomanía, adicciones, etc.). No se basa por ende en los supuestos de inculpabilidad contenidos en la misma norma.

---

**Por otra parte, para que se aplique esta segunda clase de medida, debe tratarse de un individuo peligroso para sí o para terceros (en el mismo sentido que el visto anteriormente), pero a diferencia del supuesto anterior, la medida es obligatoria para el juez, lo que no deja de ser una incongruencia de la ley.**

Aunque no esté previsto, es evidente que si para terminar con la medida es necesaria la intervención del fiscal de la causa y comprobar la desaparición del carácter peligroso del internado, la misma comprobación (previa) debe realizarse también por intermedio de peritos.

En la práctica, en ambos casos estudiados, la jurisprudencia mayoritaria viene sustentando el criterio de la obligatoriedad del diagnóstico previo por parte de dos peritos (como mínimo) para recién decidir la internación manicomial.

Es necesario destacar que si la medida, en su extensión o intensidad, no es inexorablemente la necesaria, existirá un plus de castigo, ya que el Estado no puede justificar su accionar en un discurso estrictamente terapéutico (principio de proporcionalidad).

En otras palabras, el encierro, como medida de seguridad, solo se justifica cuando no es posible una medida menos lesiva (última ratio). Ahora bien, como el Código Penal no prevé otra medida más que la internación, en el caso de que los peritos entiendan suficiente la aplicación de una medida ambulatoria corresponde dar intervención al juez civil para que efectúe el control y la vigilancia del enfermo.



## Presupuestos de Aplicación

*D'Alessio los clasifica de la siguiente manera:*

- Declaración jurisdiccional de inimputabilidad.
- Acción típica y antijurídica. El derecho penal no puede intervenir si el autor del hecho no ha incurrido en algunas de acciones punibles por el derecho penal.
- La medida de seguridad no puede aplicarse a cualquier inimputable. Este debe ser "peligroso" para sí o para terceros. Se entiende que la peligrosidad queda definida a través de acciones que lesionan o ponen en peligro intereses protegidos penalmente, ya que de otro modo podría intervenir el derecho civil.

Sobre este punto, Muñoz Conde realiza objeciones jurídico-constitucionales, ya que no deja de ser un juicio de probabilidad que, como tal, puede ser erróneo.[5]

---

**Plazo de duración.** Tal como se desprende de la lectura del articulado, nuestra legislación no prevé una límite de tiempo para la aplicación de la medida de seguridad. Muñoz Conde destaca que este es el principal defecto de la legislación pues, al constituir una privación prolongada de la libertad, perfora las garantías constitucionales de un Estado de derecho.[6]

Ante dicha circunstancia, la doctrina ha propuesto adoptar como máximo de duración de aquellas el máximo previsto por la ley al establecer la pena del delito correspondiente al injusto en que incurrió la persona inimputable.

**Externación.** Se requiere, como dijimos, un dictamen pericial previo que deberá indicar la persistencia del peligro. De ser así, el juez no podría disponer el cese de la medida sin antes evaluar la logicidad de dicho dictamen. También debe haber opinión del Ministerio Público Fiscal.

**Lugar de internación.** El art. 34, en su 3er párrafo, hace referencia al “encierro en establecimiento adecuado” siempre que no se trate de un caso de enajenación.

Creus sostiene que se trata de la internación en cualquier establecimiento que sirva para tratar la dolencia que motiva la medida.

---

**Colorario. En el ámbito internacional de los derechos humanos ya no se discute que las personas que padecen de una discapacidad mental, en el derecho penal, han dejado de ser objeto de derecho para transformarse en verdaderos sujetos de derecho. Este reconocimiento se concretó, en el ámbito interno, a partir de la ratificación que realizó nuestro país de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y la sanción de la ley Nacional de Salud Mental (ley 26657).**

Por ello, es preciso sostener y reformular la intervención penal en casos de personas con padecimientos mentales. Debe imponerse el principio de intervención mínima siempre que en el caso se pueda recurrir a medidas menos lesivas de política social, propias del derecho civil, administrativo o medios no jurídicos de control social.[7]

Así, bajo el nuevo paradigma internacional de las personas con aflicciones mentales, se justifica, por ejemplo, que quien supervise la imposición de la medida sea el juez civil y no el penal, armonizando de este modo el principio de última ratio y reconociendo la mayor especialidad del derecho civil en materia de derechos psiquiátricos por contar con mayores recursos para afrontar el control.

## **2) Medidas Educativas (Régimen penal de menores. Ley 22278)**

El régimen de medidas de seguridad para menores solo es aplicable a aquellos que hayan cometido delitos de derecho común. La ley distingue entre menores de dieciséis años o menos, y menores de dieciséis a dieciocho años.

### **a) Menores de Dieciséis Años**

Como se trata de inimputables que por razón de la edad no son punibles, únicamente quedan sometidos a un régimen tutelar. Este puede ser de tutela privada o importar la pérdida de la patria potestad, tutela o guarda a la que estaba sometido el menor. El régimen de tutela privada se ejecuta sobre aquellos menores que no presentan graves problemas de conducta o ambientales, entregando el menor a quienes ejercen la patria potestad, guarda o tutela; sea libremente, es decir, sin restricción alguna, sea sometiéndolo a un régimen de libertad vigilada.

Cuando se trate de un menor falto de asistencia, o en peligro material o moral, o que presenta graves problemas de conducta, el mismo puede ser entregado al Consejo Nacional del Menor, o al organismo provincial competente, para su internación en un establecimiento adecuado; en este segundo supuesto, la patria potestad, tutela o guarda queda suspendida.





Sin embargo, el sistema de medidas tutelares para menores a los que la propia ley penal les desconoce capacidad de culpabilidad ha sido puesto en crisis. “Esta jurisdicción residual de los jueces de menores para resolver carencias materiales, familiares o afectivas de los niños, a través de las vías propias del derecho penal material (la coerción), responde a un modelo histórico que, revisado críticamente, ha sido denominado como el ‘modelo de la situación irregular’. Construido a partir de las vagas premisas normativas (...) y utilizando como argumento legitimador del sistema legal la protección de la infancia desvalida, este modelo logra desdibujar los límites impuestos a la reacción estatal ante el hecho punible, en un Estado de derecho, por el principio de legalidad material, sea como pena o incluso como medida de corrección y mejora ante un hecho antijurídico”[8].



En el año 2005, se sancionó la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que organiza el sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Al respecto, la ley prescribe que ni las medidas de protección ni las excepcionales pueden constituir en privación de la libertad (art. 33).

En consecuencia, la sanción de esta ley, en consonancia con el resto del sistema de protección integral de los derechos del niño, implicó la declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo primero de la ley 22278 por parte de la jurisprudencia en tanto desconoce los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, inocencia, debido proceso y el régimen que postula la CDN.

---

**Por su parte, la CSJN, si bien reconoció la fuerte tensión que media entre el imperativo de proporcionar al niño una protección especial conforme la CDN y el régimen de la ley 22278, sostuvo que no puede justificarse que “por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22278 (...)” –CSJN Fallos 331:2691-. No obstante ello, estableció la obligatoriedad de revisar constantemente la internación del menor (considerado 12) y la necesidad de imponer medidas alternativas en miras al interés superior del niño.**

## **b) Menores de más de dieciséis años y menores de dieciocho años**

La ley prevé un régimen tutelar idéntico al anterior cuando el delito cometido hubiese sido de acción privada o cualquier otro que tuviese pena de dos años o menos de prisión.

Si se tratase de delitos de acción pública (ejercitable de oficio o dependiente de instancia privada) que estuviesen reprimidos con penas mayores de dos años de prisión, la ley dispone un régimen tutelar represivo que incluye el sometimiento a proceso y declaración de responsabilidad del menor, manteniendo su entrega a la tutela privada o a los organismos públicos para su internación -según las características del menor-, debiéndose suspender el dictado de la pena (si correspondiere).

Hoy por hoy, y por prerrogativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir de esa edad y hasta los dieciocho años, la responsabilidad penal de los menores debe traducirse en la atribución de las consecuencias jurídicas de sus hechos antijurídicos, pero en forma diferenciada respecto de los adultos, y así también en forma gradual.[9]



Durante ese lapso, que no puede ser inferior a un año, el juez someterá al menor a medidas curativas, educativas y de readaptación (periodo de observación). Cuando el menor alcance los 18 años de edad, previo informe de la autoridad correspondiente sobre su conducta y evolución, su adaptabilidad social, aptitud para el trabajo y demás circunstancias personales, el juez puede optar por seguir con el régimen tutelar establecido, modificarlo, hacerlo cesar o imponer la pena que corresponda, conforme a la ley penal, pero disminuyéndola de acuerdo a los montos establecidos para la tentativa. Si el juez optare por imponerle una pena, en principio, esta debería cumplirse en un establecimiento penitenciario común.

---

**No obstante lo anteriormente señalado, es preciso recordar que el marco normativo referido debe ser interpretado y completado a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce jerarquía constitucional y principalmente a través del interés superior del niño (arts. 3, 37 y 40 de la CDN). Es que a los niños en conflicto con la ley penal les corresponden los mismos derechos que a los mayores, más un plus que les es propio por ser personas en proceso de desarrollo.**

En este sentido, resulta importante destacar que los principios de mínima intervención, no punición y última ratio cobran especial relevancia en el régimen penal juvenil y deben ser ponderados a lo largo de todo el proceso.

Así, la decisión de internar al menor de entre dieciséis y dieciocho años en una institución especializada debe ser la última ratio y obedecer únicamente a fines tutelares.

Al respecto, la CSJN resolvió que “en lo que respecta a la situación de privación de libertad, no hay diferencia, más allá de su denominación, entre la sufrida por un adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el periodo de tratamiento tutelar, resultando la institucionalización de los últimos, más deteriorante aún, pues interrumpe su normal evolución. El artificio de

nominar de modo diferente la privación de libertad de cualquier persona, desde hace muchos años se conoce en doctrina como el ‘embuste de etiquetas’[10].

---

En este contexto, se impone la necesidad de evaluar constantemente la internación del menor y la posibilidad de aplicar medidas alternativas menos lesivas en pos del interés superior.

El término temporal del tratamiento es decisión discrecional del juez de menores, siendo el mínimo de un año y el máximo hasta alcanzar la mayoría de edad.

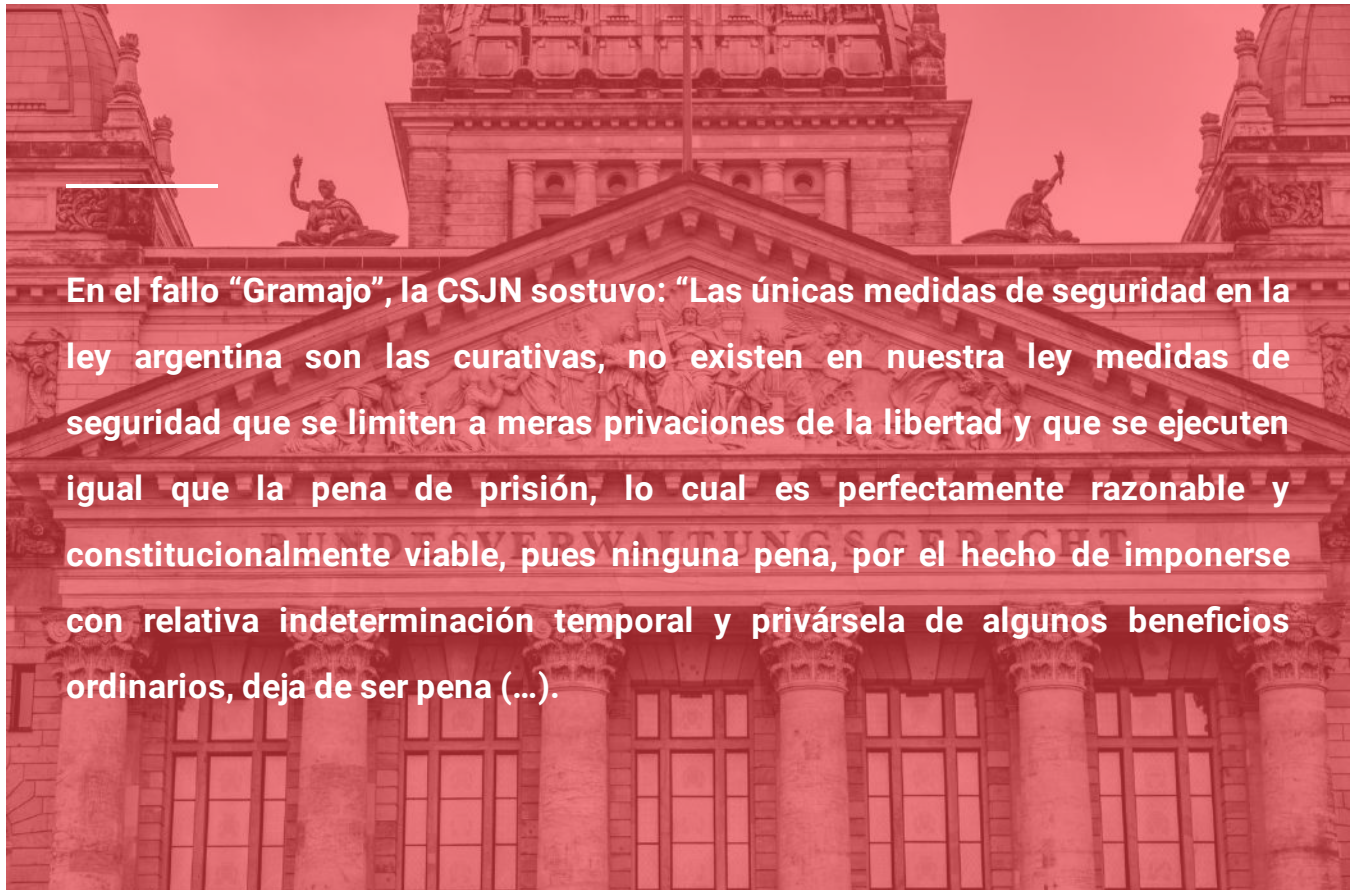
### 3) Medidas Eliminatorias o Separativas

#### Concepto

Son las que tienen por finalidad excluir a los autores de hechos ilícitos que revelan una excepcional peligrosidad criminal, de la sociedad, por un plazo más o menos prolongado, que por lo general es indeterminado.

En nuestro derecho penal la medida eliminatoria genéricamente legislada es la reclusión por tiempo indeterminado, dispuesta por el art. 52 C.P.

Sin embargo, la CSJN ha declarado la inconstitucionalidad de la norma en el precedente “Gramajo” y en rigor de verdad los tribunales han dejado de aplicarla.



En el fallo “Gramajo”, la CSJN sostuvo: “Las únicas medidas de seguridad en la ley argentina son las curativas, no existen en nuestra ley medidas de seguridad que se limiten a meras privaciones de la libertad y que se ejecuten igual que la pena de prisión, lo cual es perfectamente razonable y constitucionalmente viable, pues ninguna pena, por el hecho de imponerse con relativa indeterminación temporal y privársela de algunos beneficios ordinarios, deja de ser pena (...).

Carece de trascendencia el nomen juris con que el legislador pudiera nominar una pena, puesto que, aun cuando existiese una pena encubierta legislativamente bajo la denominación "medida de seguridad", no por ello perdería su naturaleza de "pena" y cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen juris sería inconstitucional (...).

Ni el legislador ordinario -y menos aún la doctrina o la jurisprudencia- pueden, por una mera decisión arbitraria, cambiar la denominación "pena" inventando una

pretendida categoría penal contraria a la Constitución y, menos aún, cuando la propia ley precisa que se trata de una pena, de manera clara y expresa (...).

---

**La pena de reclusión por tiempo indeterminado es una pena de reclusión que, en lugar de ser por tiempo determinado, lo es por tiempo indeterminado, se ejecuta con régimen carcelario, no tiene un régimen de ejecución diferente al de la pena privativa de libertad ordinaria, el condenado goza de menos beneficios que el condenado a la pena ordinaria y se cumple fuera de la provincia del tribunal de condena (...).**

La pena de reclusión indeterminada del art. 52 del Código Penal es una clara manifestación de derecho penal de autor, sea que se la llame medida de seguridad o que se respete el digno nombre de pena, sea que se la quiera fundar en la culpabilidad o en la peligrosidad; en cualquier caso, resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa (...).

La Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es,



sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido, de modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo (...).

En un Estado que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio Estado se arrogue la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad (...).

Ante la afirmación de que la pena es cruel porque viola groseramente el principio de proporcionalidad, porque en la práctica al autor de un delito que merece una pena de dos años de prisión se le impone una pena mínima de doce años de reclusión, no vale el argumento de que no se impone en razón del hecho de que el tribunal pena con dos años de prisión, sino en razón de los anteriores hechos por los que fuera condenado, ya que si esto fuese así resulta claro que al procesado se lo está penando dos veces por los mismos hechos (...).

---

**La peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni**



**siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal (...).**

Corresponde declarar que, en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (ne bis in idem) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas -de manera expresa o por derivación- en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el art. 75, inc. 22 de nuestra Ley Fundamental"[11].

## 7.3 Referencias

---



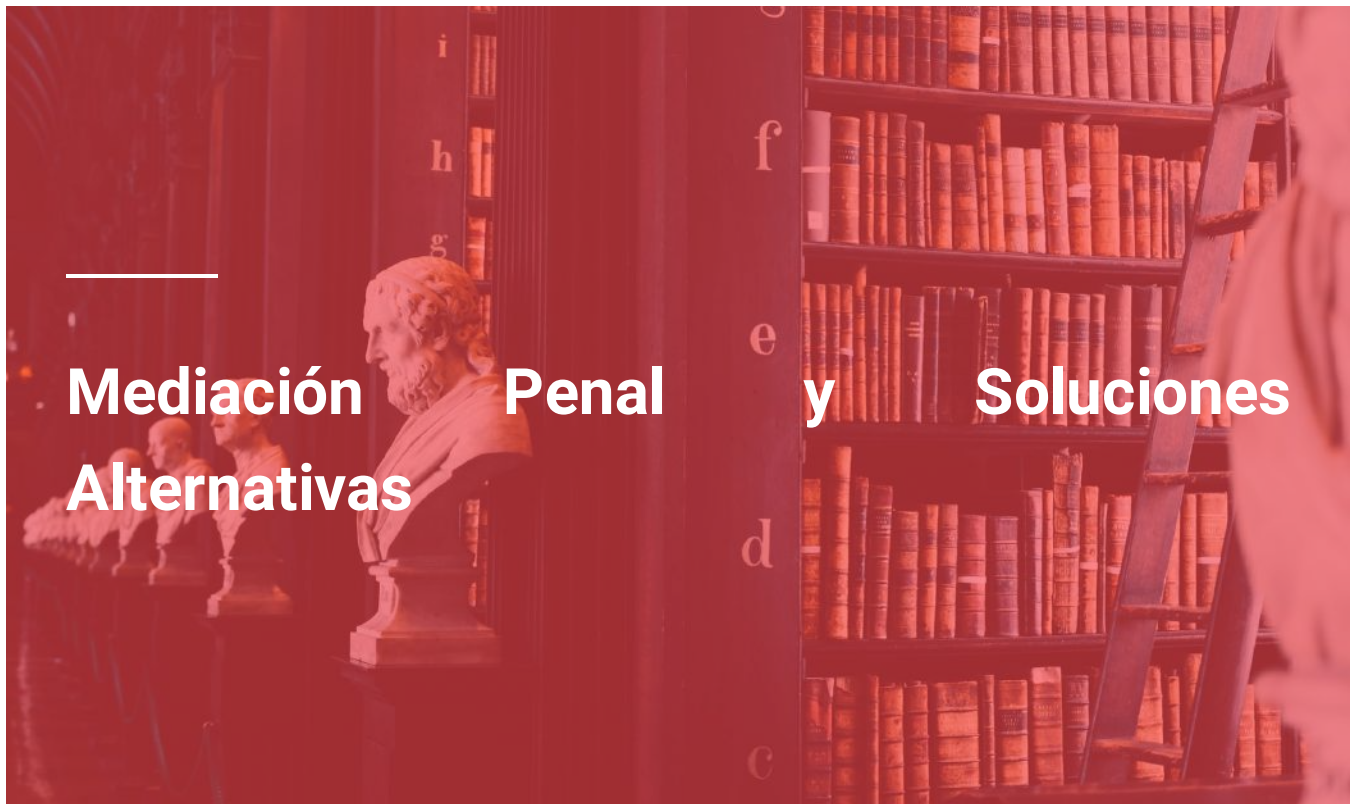
- [1]D'Alessio Andrés José –Director- Divito, Mauro A. –Coordinador- Cod. Penal de la Nación Comentado y Anotado.2da Edición actualizada y

ampliada. Tomo III. Leyes Especiales Comentadas. La Ley. Buenos Aires. 2013. pág. 331.

- [2] Summa Penal; Tomo I; Pag. 123; Manuel Jaén Vallejo.
- [3] D'Alessio Op. Cit pag. 419
- [4] D'Alessio Op. Cit pag 420
- [5] D'Alessio Op. Cit. pag. 422 y 423
- [6] D'Alessio pag. 431
- [7] Silva Sanchez, Jesus María Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, pág. 242
- [8] D'Alessio... pag. 630
- [9] D'Alessio Andrés José –Director- Divito, Mauro A. –Coordinador- Cod. Penal de la Nación Comentado y Anotado. 2da Edición actualizada y ampliada. Tomo III. Leyes Especiales Comentadas. La Ley. Buenos Aires. 2013. Pág. 623
- [10] CSJN, “L., L.A s causa nro. 5400”, L. 1157.XL. Recurso de hecho, 29 de junio del 2007. Consid. 10.
- [11] GRAMAJO MARCELO EDUARDO s/ROBO EN GRADO DE TENTATIVA - CAUSA N° 1573-560. XL. RHE. 05/09/2006. Fallos: 329:3680.

# Introducción a la unidad

---



## Mediación Penal y Soluciones Alternativas

La reparación, que figura en las leyes como consecuencia de la comisión del delito, si bien suele ser nominal, raras veces se efectiza, aunque esté determinado en las sentencias.

Desde el campo victimológico se la postula como un hecho indiscutible y que debe ser inmediato, pues forma parte del derecho de víctima y de la finalidad jurídica de restablecimiento del andamiaje social.

En los tiempos que corren, es con la mediación penal que se verifica ese paso trascendente, desde que el victimario debe abrir sus ojos y enfrentar las consecuencias y efectos del delito y los intereses de la víctima (...) (Elías Neuman).

Alternativa para la resolución de conflictos penales

## Contenidos de la Unidad

- 1 Introducción
- 2 Trascendencias
- 3 Viabilidad y Objeciones de la Mediación en Materia Penal
- 4 Especial Referencia a la Mediación Penal Juvenil

### Comenzar la unidad

Te invitamos a recorrer el contenido de la unidad.

[IR AL CONTENIDO](#)

## 8.1 Introducción

---



---

**Es frecuente, en la actualidad, advertir en la opinión pública generalizada altos niveles de disconformidad con la actuación de la justicia, la policía, los servicios penitenciarios y demás instituciones**

**del Estado encargadas del control y seguridad social, lo que genera la necesidad de buscar otras vías alternativas de resolución de conflictos, a los fines de lograr satisfacer y dar respuesta a un mayor número de damnificados y atenuar los efectos que produce la actividad delictiva, con el menor nivel de intervención de los sistemas de justicia penal.**

Dentro de las formas alternativas de resolución de conflictos, juntamente con la mediación tenemos el arbitraje vinculante y no vinculante, la evaluación neutral previa, el minijuicio, el juicio sumario por jurados y la utilización de expertos neutrales o de esclarecedores de cuestiones de hechos, entre otras.

Si bien en este capítulo nos detendremos en la mediación penal, no podemos soslayar las ventajas de estos métodos alternativos de resolución de disputas.

Dicha aseveración se funda en distintos factores, tales como: llegan a resultados más rápidos, porque el tercero neutral (sea árbitro, conciliador o mediador) puede coadyudvar a formular un resultado antes de que el proceso avance o bien se inicie, etc. Conjuntamente con presentar mayor rapidez, son confidenciales, informales (si bien tienen procedimientos, el formalismo que los rige es escaso), económicos (menores costos en el procedimiento judicial) y justos (la solución de las controversias se adapta más a las necesidades de las partes), habiéndose comprobado estadísticamente que son exitosos en los resultados.

*Lo expuesto ha llevado a considerar a la mediación como una forma de resolución alternativa de los conflictos que se presentan en materia penal, por lo que nos dedicaremos en este capítulo a efectuar un breve análisis sobre conceptos generales, caracteres, métodos de la mediación, posibilidad de su utilización en materia de derecho penal, momento y delitos en los que se puede aplicar y normas secundarias que la acompañan. Cuando hablamos de mediación- y más precisamente de mediación penal- deviene necesario adentrarnos en conceptos que permitan comprender el sentido de este método como resolución pacífica de conflictos; uno de ello es el de Justicia Restaurativa.*

## Justicia Restaurativa

### **Conceptos referenciales:**

Siguiendo a Aída Kemelmajer de Carlucci, la prestigiosa autora define a la Justicia Restaurativa como "(...) a la variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional (...)".

En la continuidad de este pensamiento, podemos distinguir tres ideas primordiales que persigue la Justicia Restaurativa:

1

Que el autor se responsabilice por las conductas que asume como ser libre e independiente, que goza de la razón suficiente como para comprender sus actos.



2

Que quien sufrió la vulneración de su persona y/o sus derechos logre salir de su posición de víctima, a través de la reparación del mal que se le causó.

3

Que el infractor logre restablecer el vínculo con la sociedad a la cual pertenece, a la que también ha dañado con su accionar delictivo, y así llegue a reintegrarse a su comunidad.

---

Esta vía lo que busca, tal como lo enuncia Zehr, es “(...) involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivadas de esa ofensa (...)”.

En una sociedad que se manifiesta cada vez más violenta e intolerante, la Justicia Restaurativa representa una apuesta difícil, pero es necesario ponerla en marcha para la construcción de un sistema de justicia que garantice la paz.

Se busca arribar a cada caso en concreto con la mayor comprensión posible de la situación que se aborda y que sean los mismos interesados, mediante el diálogo y la comprensión mutua, quienes arriben a una satisfactoria y efectiva solución de su conflicto. Así se logra, a su vez, mantener, de manera pacífica, al infractor en el seno de su comunidad, evitando la estigmatización del individuo, como podría ser su expulsión del ámbito de su comunidad en los mecanismos tradicionales de la justicia punitiva.



El infractor, que asume los hechos responsablemente y se hace cargo de sus propias acciones, es un motor que genera un triple incentivo optimista: primero para con él mismo, ya que es más fácil cumplir con el compromiso voluntariamente asumido que con una condena impuesta por el sistema punitivo tradicional, a la vez que le otorga una legitimidad mayor ante sí mismo y ante la sociedad, reconociendo su error y buscando reparar el daño causado; segundo, para con la víctima, que logra conocer de voz del propio infractor las razones y la historia detrás del indeseado hecho que lo perjudicó, lo coloca en la situación de protagonista del procedimiento, evitando la situación de postergación que viviría en un proceso penal tradicional y, eventualmente, obtener un sincero pedido de disculpas; tercero, la comunidad logra mantener la paz dentro de sí misma, con

la posibilidad de participar en el procedimiento de resolución del conflicto y generar los canales para evitar futuros hechos similares.

---

**Resulta muy ilustrativa la definición practicada por el italiano Ceretti, para quien la Justicia Restaurativa es el paradigma de una “Justicia que comprende la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo”.**

## **Antecedentes**

El término Justicia Restaurativa tiene tras de sí una gran cantidad de programas desarrollados y experiencias acumuladas en distintos ámbitos, que comparten una mirada alternativa de cómo tratar y abordar el delito. Algunos autores, como Ulf Christian Eiras Nordenstahl, fijan sus raíces, principalmente, en las tradiciones de antiguos pobladores de América del Norte, África y Oceanía, con un fuerte impulso a partir de la segunda mitad del siglo pasado, principalmente en comunidades religiosas de los Estados Unidos. Otros, como Aída Kemelmajer de Carlucci, nos remiten al Código de Ammurabi y la Ley de las Doce Tablas, donde se establecía el resarcimiento del daño causado por parte del infractor para con la víctima del ilícito.

La precisión del origen geográfico y temporal es discutible, más lo importante por destacar aquí es que la impronta de esta vía se remonta a muchos siglos atrás y se manifiesta en distintos puntos del mundo, lo que nos marca una tendencia de las organizaciones humanas, desde sus primeros pasos, de intentar encontrar las soluciones a los conflictos originados en hechos ilícitos mediante el diálogo directo entre sus protagonistas en el marco participativo de sus comunidades. Esto, contrariamente a lo que usualmente se cree y reproduce como sistema “tradicional” (terminología también utilizada en la presente publicación) utilizado para abordar los conflictos generados a partir de un ilícito.

Posteriormente, la respuesta habitual a un delito dejó de ser la compensación del daño causado para pasar a ser la punición retributiva aplicada al autor por parte de quien posea el poder para hacerlo. Dependiendo el período histórico, dicho poder fue ejercido de manera sucesiva por el Señor Feudal, el Monarca Absoluto y el Poder Centralizado del Estado-Nación, “personalizado” en el Poder Judicial.



***El cambio de una justicia de tesitura compensadora a una de carácter punitiva encuentra diversos fundamentos. Por un lado se dice que por existir intereses públicos en juego, referidos a la infracción cometida contra la norma y el daño social que esto provoca, le corresponde al poder público punir al infractor y que “la autocomposición no tiene lugar” .***

Por otro lado, se refiere a razones netamente fiscales y políticas. En las circunstancias históricas de la Baja Edad Media (S. XI -XV), conforme los poderes se centralizaban en manos de los Señores Feudales, poderes eclesiásticos y reyes, iban, a su vez, necesitando mayores ingresos, a lo que extendían sus manos recaudadoras hacia distintos ámbitos, entre ellos el poder judicial. De esta manera, comenzaron a cobrarse distintas “tasas” por la

administración de la justicia, que se extraían de las sumas que los ofensores pagaban a sus víctimas.

***Sea de una manera o de otra, lo cierto es que el “traspaso” de un paradigma reparador a otro retributivo sucedió y generó tres inconvenientes claves, que son los que aquejan a la Justicia de hoy:***

**1** —

Los intereses de la víctima fueron dejados de lado; para poder reclamar el reparo de sus menoscabos, la víctima debe recurrir al sistema civil, que deviene en mayores costos.

**2** —

El ciudadano promedio tiende a crecer pensando que el ilícito es una cuestión que le pertenece ipso iure al Estado y no a la comunidad, lo que produce que se desentienda de la problemática cuando no lo afecta directamente.

**3** —

Lo que otrora fuera una fuente de recursos, ha terminado generando más gastos y desgaste estatal que recursos para el erario público.

---

**Según el pensamiento de Jacques Faget, la Justicia Restaurativa es la conjunción de tres corrientes de pensamiento que representan ideologías heterogéneas: en primer lugar, la que evidenció la ruptura de las instituciones tradicionales de regulación, junto con la de una comunidad perdida que resulta menester revivificar; en segundo lugar, la que denunció los arrasadores efectos del sistema penal en la vida del infractor; y en tercer lugar, la que impulsó el desarrollo de mecanismos que tienden a exaltar los derechos del hombre, y con ello, también los de las víctimas.**

## 8.2 Trascendencias

---



---

La finalidad principal que busca alcanzar la Justicia Restaurativa, como el mismo término indica, no es otro que el de “reparar”.



Ahora bien, no hay que dejarse llevar por la inercia de pensar que hace referencia a una mera compensación económica del daño causado. Cuando en la Justicia Restaurativa se habla de “reparar”, se apunta más allá de lo que la teoría general del derecho de daños refiere.

En la concepción ideológica que aquí nos ocupa, busca reparar primordialmente, como ya anticipamos, los vínculos de las personas involucradas en el ilícito, así como la convivencia pacífica de la comunidad que se vio afectada y que se busca que participe de la construcción del camino que decante en la restauración del pacífico orden afectado. Los autores suelen referirse a esta reparación como “reparación simbólica”.

Si bien la reparación de los bienes afectados por el hecho ilícito y la búsqueda de la restauración de los mismos al idéntico estado que tenían al momento de su comisión suelen estar incluidos en el desarrollo del procedimiento, por lo general es un mero accesorio del objetivo principal. Este se encuentra mayormente direccionado al pedido sincero de disculpas por parte del infractor, la toma de consciencia del daño causado, la búsqueda de empatía entre los involucrados, el restablecimiento de la confianza y el orden circundante, la capacitación necesaria para lograr evadir la reincidencia y la revalorización de la sociedad en su conjunto, entre otros.

---

**Como claramente lo expresa Aída Kemelmajer de Carlucci, “se trata de un concepto amplio de reparación, que atiende no solo al resultado, sino a todo el proceso”. Es en el proceso y durante este que el ofensor se sincera y se reconoce verdaderamente avergonzado por sus actos y solicita una sincera disculpa; la víctima, por su parte, logra al menos un primer acercamiento al perdón y**

**reconstruye, en su protagonismo, sus facultades personales afectadas por el acontecimiento sufrido.**

*Con la caracterización que aquí hemos realizado de la Justicia restaurativa, resulta sencillo, al menos, vislumbrar que la Justicia Penal Juvenil es el terreno más fértil al cual se apunta, entre otros, como principal receptor de los beneficios que se podrían alcanzar con su masiva implementación. La conjunción de los principales elementos que suelen verse dentro de los ilícitos cometidos por los menores de edad dan perfecta cabida a la implementación de la Justicia Restaurativa.*

## **Nociones Generales de la Mediación**

### **Concepto**

La mediación nace a mediados de la década del 70 en Estados Unidos como una institución alternativa para la resolución de conflictos, que debido a los buenos resultados proporcionados se la incorporó al sistema legal, incluso en algunos Estados como instancia obligatoria, previa al juicio, excluyendo los conflictos penales (es decir que primeramente se inicia una instancia de mediación, y si en la misma no se resuelve el conflicto, recién se inicia el juicio).

El proceso de Mediación es un método no adversarial de resolución de conflictos en el que un tercero neutral, el mediador, intenta facilitar la comunicación entre las partes para que estas puedan encontrar una solución

mutuamente satisfactoria, elaborada por ellas mismas, siendo así las protagonistas de la decisión y no el mediador.

El mediador es un intermediario, un tercero neutral que tiene como función la de acercar a las partes, facilitando la comunicación entre ellas a través del uso de herramientas, técnicas y estrategias. Ayuda a las partes a encontrar juntos una solución a su conflicto.

---

**Elena Highton y Gladys Álvarez definen a la Mediación como “un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a estas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto”, y agregan que “la Mediación es un término utilizado para describir un conjunto de prácticas diseñadas a ayudar a las partes en controversia”.**

*La mediación también se define como un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial (el mediador), que actúa como conductor de la sesión, ayudando a las personas que participan en la mediación a encontrar una solución que sea satisfactoria para ambas partes.*

Norberto Daniel Barmat da un concepto orientado a la esfera penal, definiéndola como “un procedimiento institucional, tramitado previamente a la celebración de un proceso penal, en el cual un funcionario público, denominado 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. El cumplimiento de un acuerdo lícito logrado entre las partes extingue la pretensión penal”.



***La mediación como alternativa de resolución de conflictos presenta ventajas en el sentido de que alivia a los Tribunales al solucionarse una gran cantidad de casos extrajudicialmente economizando energía jurisdiccional para aplicar a situaciones más complejas, lo que también implica un ahorro importante de tiempo y recursos materiales y humanos ya que se***

*Implementa a través de un proceso menos formal, que no necesita gastos de tasa judicial, abonándose los honorarios por consulta y no en relación con los capitales en juego.*

Evita inútil litigiosidad y que haya ganadores y perdedores, preservando una mejor relación futura entre las partes, favoreciendo la creatividad en la medida de que no hay límite externo salvo los que se establezcan en la mediación para crear el acuerdo.

Es más flexible que el sistema judicial formal, aumentando el protagonismo y la responsabilidad de las partes, en el aspecto de que son las que en última instancia deciden qué es lo justo para todos.

Dentro de las desventajas podemos considerar el desequilibrio de poder entre las partes, debido a que la mayoría de las veces las personas que intervienen en el conflicto presentan diferente posición económica o bien pertenecen a minorías, pudiendo llegar una de las partes a no estar completamente al tanto de sus derechos o posibilidades, por lo que se podría ver explotado o forzado en la negociación.

---

**También puede darse la falta de representación suficiente para dar consentimiento, si bien se entiende que en este procedimiento las partes hablan por sí y se atan a las reglas que ellos mismos crean. Muchas veces los abogados o representantes de personas jurídicas**

## **u organizaciones arriban a acuerdos que no atienden a los intereses de sus clientes.**

Otro cuestionamiento es la falta de fundamento para la posterior actuación judicial, entendiéndose que la sentencia no pone fin al proceso, porque la misma debe ser ejecutada, lo que obliga muchas veces a tener que recurrirse a la justicia para ello.

Si se equipara el acuerdo a la sentencia, cuando las partes soliciten alguna modificación o decisión al magistrado, este estará atado por lo convenido y no contará con elementos para hacerlo; y por último la crítica que se le suele hacer es que la justicia debe prevalecer antes que la paz, dado que la decisión jurisdiccional cumple con una función social y no con la mera resolución del conflicto entre las partes, efectuando una interpretación de los textos legales como por ejemplo la Constitución Nacional, e intentando poner la realidad a tono con ellos, lo que no ocurre cuando las partes acuerdan.

Hay que destacar esencialmente que tanto en un juicio como en un proceso de mediación se presta un servicio de justicia, con la diferencia de que en el primero las partes quieren que el juez (un tercero) decida qué es lo justo, mientras que en la mediación son los mismos participantes quienes se hacen cargo de un conflicto.

---

Esto genera conciencia de responsabilidad y compromiso futuro para la resolución de otros conflictos que se presentan en cualquier orden de la vida (función pedagógica y multiplicadora de valores).

*Todo lo expresado no invalida que habrá circunstancias que impidan la negociación y necesariamente deban someterse a proceso judicial (camino más largo, oneroso y aleatorio).*

## Caracteres

De los distintos conceptos antes expuestos surgen las características que el proceso de mediación manifiesta:





Es una negociación asistida, en la cual el mediador guía el proceso y asiste a las partes, permitiendo que estas actúen por sí mismas, sean las protagonistas del proceso, negociando y proponiendo soluciones.





Es un acto voluntario debido a que las partes son las que deciden participar o no en el proceso de mediación, no estando obligadas a permanecer en el mismo ni a llegar a un acuerdo.



Es un proceso que tiende al acuerdo y/o la reparación.



El mediador y las partes no pueden revelar lo sucedido en las audiencias salvo con la autorización de las partes, basándose en el principio de confidencialidad.



Es un procedimiento informal y flexible, esto se debe a que a pesar de tener una estructura pautada, y de utilizar herramientas y técnicas específicas para alcanzar los objetivos, no existen normas que determinen una forma para el desarrollo del proceso.



Es un proceso neutral, lo que significa que el mediador trabaja en beneficio de todas las partes.



Es rápido y menos costoso económica y emocionalmente.

**En función -específicamente- de la mediación penal, podemos referir los siguientes caracteres:**

#### **Estabilidad** —

Se propone ser incorporada desde la esfera oficial como una función del Estado, a fin de que en los acuerdos no se exceda el marco jurídico en materia de política criminal.

Cuando los sujetos que intervienen en el conflicto derivado de un hecho delictivo, en forma voluntaria, arriben a un acuerdo, este deberá tener el carácter de definitivo, produciendo efecto similar al de la cosa juzgada en el ámbito judicial. Lo pactado solo podrá modificarse por un nuevo acuerdo de sus propios actores.

## Principios y Garantías del Proceso de Mediación

Si bien el objeto del presente es el desarrollo del principio de confidencialidad, deviene necesario y conveniente acercarnos -aunque de modo breve- al resto de los principios en los que se basa el proceso de mediación, ya que ello nos permitirá tener una visión más holística del tratamiento que pretendemos abordar.

## Los Principios del Proceso de Mediación son:



## A —

**Voluntariedad:** Libertad de las partes para la adopción de sus decisiones dentro del proceso. El concepto refiere no solo a la posibilidad que tienen las partes de decidir si concurren o no a la mediación, sino también de decidir permanecer o no en ella, en el caso en que concurren. Las partes deciden participar o no en el proceso y ponerle fin en cualquier momento, sin estar obligadas a llegar a un acuerdo.

En materia penal, la participación del autor en la mediación implica en forma expresa o tácita un reconocimiento de culpabilidad, viéndose obligada a reconocer una autoría delictiva, por lo que de participar coaccionada se estaría violando el principio de defensa en juicio, contemplado en el art. 18 de la Const. Nacional y art. 40 de la Const. Pcial de Cba.

## B —

**Neutralidad:** El mediador no debe estar a favor o en contra de ninguna de las partes, debe trabajar en beneficio de todos, debe ser imparcial, dejando sus valores, prejuicios y creencias de lado.

## C —

**No puede poner en riesgo el equilibrio de su posición,** ya que deslegitimaría su rol y el proceso de mediación, generando desconfianza de parte de las partes.



## D —

**Confidencialidad:** Compromiso de mantener reserva de lo que se hable en ese ámbito, así como de la documentación de la que allí se tome conocimiento. Con esto se busca generar confianza en las partes no solo para que estas puedan hablar sabiendo que lo que dicen no puede ser usado en otro ámbito, sino también para lograr que se expresen con mayor libertad y comodidad.

## E —

**Comunicación directa de las partes:** El mediador busca facilitar la comunicación entre las partes, restablecerla o mejorarla. Atención a la víctima y recomposición: la mediación apunta a retrotraer y de ser posible mejorar la relación entre las partes en conflicto. Para ello deja de lado al castigo, revalorizando la figura del sujeto pasivo del delito.

## F —

**Voluntariedad:** Entendemos como principio de voluntariedad la libre y absoluta decisión de las partes de acceder al proceso de mediación y de permanecer en el mismo, asumiendo un rol activo, protagónico, positivo y colaborativo en pos de la formulación de diferentes caminos para poder llegar a un acuerdo, como así también la de dar por concluidas las negociaciones en cualquier etapa de su desarrollo.

G —

**Satisfactoria composición de intereses:** En este proceso se trabaja para beneficiar a las partes, buscando llegar a un acuerdo satisfactorio para todas ellas, que satisfaga tanto los intereses como las necesidades de los mediados.

H —

**El acuerdo de mediación parte de los propios interesados,** protegiendo los intereses de todos. Las partes son las autoras del acuerdo.

I —

**Consentimiento informado:** Las partes deben ser informadas sobre el procedimiento, las opciones y alternativas posibles antes de decidir.

J —

**Es el mediador,** mediante la utilización de las técnicas pertinentes, **quien deberá resguardar la ausencia de vicios en la voluntad de acordar.**

## 8.3 Viabilidad y objeciones de la mediación en materia penal

---



---

**Pese a las objeciones que se le formulan a la implementación de la mediación en materia penal porque contravendría el principio de**

**legalidad y de oficiosidad, se le oponen a este argumento de relativa validez otros dos que son preexistentes al derecho penal mismo.**

**1**

Todo delito penal es básicamente un hecho conflictivo que causa alarma social y que ofende bienes jurídicamente protegidos, ya que de lo contrario resultaría irrelevante para el derecho penal.

**2**

El fundamento ius-filosófico esencial en el que se sustenta la existencia de un derecho represivo es la necesidad de amparar bienes jurídicos individuales y sociales. Esto es proveer a la defensa de víctimas individuales o sociales (la tranquilidad, seguridad y la paz general).

Desde esta perspectiva, la función de protección de personas e intereses es previa y justificante de la función de perseguir y reprimir los delitos. Precisamente la mediación atiende como primer objetivo a la resolución del conflicto y a la reparación adecuada de los intereses vulnerados.

---

**Entonces nada obsta a que esta instancia previa se lleve a cabo antes de comenzar un proceso penal que muchas veces no solo no repara el daño al bien jurídicamente lesionado, sino que tampoco resuelve el conflicto y sus consecuencias (tranquilidad general, paz**

**social, alarma social, etc.), sino que restaura estos bienes ficticiamente (fictio iuris).**

Conforme al principio de legalidad y oficialidad la persecución penal es una potestad pública que se activa cada vez que se conoce funcionalmente que se ha cometido un hecho delictivo, por lo que la mayor parte de los delitos en nuestro sistema penal son perseguibles de oficio, sin que la víctima o damnificado soliciten la promoción de un proceso penal, por lo que la pretensión punitiva no admite consideraciones de oportunidad, salvo excepciones (delitos de acción privada, avenimiento, etc.).

De allí que la persecución penal es una potestad pública, la acción (como potestad represiva) debe materializarse aun en contra de la voluntad de la víctima. Su puesta en movimiento solo queda sujeta eventualmente a la voluntad de la víctima en los delitos de acción pública dependientes de instancia privada.

Teniendo en cuenta la baja respuesta que da la justicia a las víctimas o damnificados de hechos delictivos, se torna necesario analizar si la potestad punitiva del Estado puede tener preeminencia cuando las características del conflicto penal permiten recurrir a otras vías de solución de conflictos, menos traumáticas, que permitan a las partes involucradas llegar a un acuerdo cara a cara, mediante un procedimiento conciliatorio.

---

**Aparecen meridianos los conceptos de Elías Neuman por cuenta expresa que la mediación (...) no privatiza el conflicto penal que se repersonaliza. Vuelve a las partes y estas pueden entrar en comunicación de modo directo e indirecto y expresarse con toda amplitud sobre lo ocurrido y sobre cómo repercute en su espíritu y psiquismo, en la esfera moral y material”.**

## **Situaciones en las que se puede Implementar la mediación**

Estos procedimientos alternativos y conciliatorios deberían tenerse en cuenta en tipos penales que prevean acciones u omisiones que no provoquen conmoción social, atendiendo al carácter privado de los intereses afectados y la posibilidad de dar soluciones al conflicto generado interpartes mediante los acuerdos logrados.

Los casos que podrán ser sometidos a mediación deberán seleccionarse conforme a la relevancia que los mismos presenten para el interés público y deberían ser reglados por el código de fondo, teniendo en cuenta que esa legislación regula la potestad represiva del Estado (ius puniendi).

**Solo a título de propuesta, anticipamos que los casos en los que se podría aplicar el instituto de mediación como instancia previa a la iniciación de un proceso penal son los siguientes:**

A

B

C

D

Suspensión del juicio a prueba (probatio): prevé la suspensión de la acción penal para la franja de delitos leves. Bien se puede emplear la mediación para acordar entre las partes la reparación del daño como uno de los requisitos para la extinción de la acción penal. Se intenta incorporar la mediación en esta figura para que ofensor y ofendido lleguen a un acuerdo sobre la reparación, intentando acercar ambas posturas. De este modo la probation y la mediación pueden llegar a complementarse.

A

B

C

D

Se puede utilizar en aquellos delitos que afectan a la persona o a sus derechos patrimoniales, pero solo en los que el conflicto afecte de modo exclusivo y excluyente a víctima y victimario, y siempre que la conducta incriminada carezca de difusión y peligrosidad social, para lo cual debe existir un catálogo reglado por la ley de fondo. (Por ejemplo: En delitos tales como la Usurpación, Daño simple, Incumplimiento de deberes de asistencia familiar sea quien fuere la víctima,

Impedimento de contacto de hijos con el padre no conviviente, Amenazas simples, etc.).

Ello implica la reforma del art. 72, que implementa un catálogo de delitos dependientes de instancia privada, en los que pueda hacerse valer la mediación previo a la iniciación de la acción por un término suspensivo no mayor a 60 días y durante los cuales el fiscal o juez instructor podrá recolectar prueba indispensable y adoptar medidas cautelares que no perjudiquen el posterior desarrollo del proceso en caso de fracasar la instancia intermedia de mediación.

A	B	C	D

En todos los delitos de instancia privada actuales se podría dar la oportunidad a la víctima y victimario para que logren acordar mediante una adecuada instancia de mediación previa, al no poder el órgano estatal actuar de oficio por ser necesario instar la actuación de la ley penal o activar los mecanismos de una acción conciliatoria.

A	B	C	D

En todos los delitos de acción privada, se debiera intentar obligatoriamente la instancia de mediación, en lugar de la casi inútil audiencia de conciliación, que presenta un inconveniente práctico, ya que el propio Juez que va a juzgar está intentando en el inicio de un proceso conciliar a las partes para evitar el proceso.





## 8.4 Especial Referencia a la Mediación Penal Juvenil

---



---

La mediación penal permite perfilar novedosas y generativas respuestas de la justicia penal de menores de edad ante los delitos cometidos por estos.

Esto significa partir a través de nuevos paradigmas que nos permitan reconceptualizar que el joven infractor a la ley penal es un sujeto de derechos con capacidad para afrontar sus acciones, propugnando por ello un sistema que garantice sus derechos, pero que no deje de lado los derechos de las víctimas y la necesidad de reparar los daños por estos sufridos.

Uno de los baluartes fundamentales en la historia de la infancia es la Convención sobre los Derechos del Niño norma de raigambre constitucional, que a partir de su contenido genera el reconocimiento del niño y del adolescente como sujeto de derechos.

Debe reconocerse que el niño y el joven merecen consideraciones especiales por encontrarse en un proceso de la vida que debe preservarse, en protección no solo de sus propios y actuales derechos, sino de los intereses de la sociedad que ellos deben integrar y protagonizar.

---

**Dentro de este cuadro de situación, nos planteamos al proceso de mediación como una nueva alternativa para la solución de conflictos, que nos permita una diferente visión de justicia -más precisamente en los casos que nos ocupan- donde el delito cometido por un joven conlleva en la sociedad distintas reacciones**

**de indignación e indefensión, creando una suerte de desintegración social, sin mayores posibilidades de respuestas.**

Estas reacciones adversas son las que pretenderán modificarse mediante este proceso pacífico de resolución de conflictos, con un claro objetivo: reconceptualizar y redimensionar el daño ocasionado, en una oportunidad de cambio con trascendencia social.

Bajo esta nueva visión de paraje, nos permitimos ofrecer un abordaje distinto ante el delito cometido, el que será concebido como un factor de cambio, donde la paradigmática función de la mediación propugne un debate en nuestra sociedad y en los círculos interdisciplinarios que actúan en la especialidad tendiente a un cambio en el sistema jurídico penal de menores.



Con ello es fundamental considerar directrices lineales tendientes a propugnar la participación de todos los interlocutores implicados en el hecho delictivo (la justicia, el menor infractor, la víctima y la comunidad) se logren las tan ansiadas respuestas. Porque el cambio no puede abordarse sino a partir de un nuevo concepto de Justicia, donde hablemos de Justicia Restaurativa, que permita redimensionar el concepto de reparación, y de esta manera generar la confrontación del sujeto infractor con su conducta y las consecuencias que de ella se derivan, la responsabilidad de las propias acciones y la compensación posterior a la víctima, mediante la realización de una actividad en su beneficio.

Conceptualizar la reparación del daño causado, en una nueva dimensión, bajo el reconocimiento de los derechos de la víctima, ya que ello -insoslayablemente- repercutirá en la sociedad y en la mirada que esta tenga de la justicia.

*Resulta muy aportante resaltar algunos párrafos de la sentencia dictada por el Juzg. Penal Juvenil 6.<sup>a</sup> Nom., Sec. n.º Cinco, de la ciudad de Córdoba, Sent. n.º 34, 27/9/2012, en autos “G. J. p. s. a. Lesiones graves”, donde la magistrada dispuso absolver de pena a la joven –hoy mayor de edad– por el delito de lesiones graves (arts. 90 y 45, CP), del que fue declarada coautora penalmente responsable, en virtud de lo previsto en los arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 4.º de la ley nacional 22278 y concordantes, 414 in fine del Código Procesal Penal, 105 de la ley provincial 9944, sin costas, art. 551 –a contrario sensu– del Código Procesal Penal.*

---

La causa fue remitida al Programa de Mediación de Niños y jóvenes infractores, donde las partes arribaron a un acuerdo.

En el fallo aparecen estos párrafos que resultan demostrativos y fundantes de los fines de la mediación penal, a través de la mirada de la Justicia Restaurativa: “No es posible pensar en la mediación penal si no es en el ámbito de la justicia restaurativa, pensada como una concepción global, distinta de la justicia retributiva. Mientras que la justicia retributiva está pensada en la búsqueda de la determinación del hecho, su autor o autores, la categorización de esa realidad en la tipicidad de la norma penal y la decisión acerca de su castigo, la justicia

restaurativa se orienta a determinar quién resultó afectado con el hecho, ver si es posible alguna reparación del daño causado y evitar que los efectos estigmatizantes de una sanción penal terminen resultando una exclusión más drástica de la que buscan la propia ley y la víctima. Entonces, mientras la lógica retributiva conecta el hecho con la aplicación de la ley penal, la mirada restaurativa apunta a restablecer, de alguna manera, ese vínculo social –a veces largo, a veces breve– que ha quedado dañado y que afecta a sus protagonistas, en sentidos diversos y con consecuencias distintas.

Y mientras que la primera pone el foco en uno de los individuos, la segunda incorpora a los dos. b) Al poner el acento en el vínculo social dañado, el modelo se conecta profundamente con otro eje, imprescindible para comprender la orientación del trabajo en los casos penales, que es el aporte de la mediación transformadora. Entendemos por tal el modelo de mediación propuesto por Barusch Bush y Folger, donde se privilegia el restablecimiento de la relación entre las personas, o cuando menos se pone un especial énfasis en la superación de la herida que la adversidad del hecho dañoso ha provocado (ver Barusch Bush, Robert A. - Folger, Joseph, “La promesa de la mediación”, Bs. As., Granica, 1994). c) El tercer eje que ayuda a la comprensión del resultado de la mediación penal es ver los delitos como conflictos.





Es decir, pasar de la determinación de si un hecho es ubicable o no en el campo de aplicación de una norma penal —para determinar su sanción— a visualizarlo como un episodio —o varios— en el que aparecen muchos otros elementos, cuestiones fácticas, comunicacionales, jurídicas (de fondo / forma, con todo lo



que ello implica), emocionales y relacionales, y entonces bajo esta luz que extiende la perspectiva desde el “acto en relación con la norma” hacia el pequeño “sistema que constituye el conflicto”, es posible ver más que aquello que originariamente lo califica como “conflicto social” (cf. Eiras Nordenstahl, Ulf. C., “Mediación penal. De la práctica a la teoría”, Bs. As., Librería Histórica, 2010; Superti, Héctor, “La víctima, la mediación y el sistema penal”, LL, 1996-C-1109). Desde otro costado, no es menos cierto que resulta prioritario dentro de la mediación como método de resolución alternativa de conflictos, el acento puesto en el diálogo y en la empatía, lo que facilita la posibilidad de un acuerdo como una búsqueda secundaria (cf. Highton-Álvarez-Gregorio, “Resolución alternativa de disputas y sistema penal”, Bs. As., Ad-Hoc, 1998). En esta perspectiva, el equipo de trabajo perteneciente al Programa implementado organizó y planificó su trabajo con las personas implicadas en las diversas reuniones efectivizadas, lo cual ha sido de gran valor, y ha quedado de manifiesto a través de las propias reflexiones y expresiones de la joven.

---

**Y es en este marco que, como propone Ríos, se piensan los diálogos restauradores, y es preciso que el victimario recorra el camino inverso al que lo condujo el ilícito, y para ello hay que humanizar a la víctima, que recupere, en la mirada de aquel que la agredió, todos los atributos como individuo único e irrepetible, insustituible. El instrumento para humanizar a la víctima es el diálogo, el uso de la palabra, de la escucha y de la percepción del otro, como otro en su identidad y dignidad. La comunicación intersubjetiva es el medio más eficaz, agrega Ríos, al construirnos como seres necesitados de**

la palabra y de la razón “para comprender el daño causado y expresar el sufrido”. Porque la escucha atenta y respetuosa es lo opuesto al hecho violento puede desencadenar procesos de reflexión moral (cf. Ríos, “Reflexiones sobre la viabilidad de métodos de Justicia Restaurativa en delitos graves”, inéditos; Del Val, Teresa María, “Gestión del conflicto penal”, Astrea, 2012). En esta línea de análisis, existe correlato a lo que Roxin denominaba el “efecto pedagógico del diálogo”, que puede servir al autor para activar un mecanismo de consternación psicológica que tenga un efecto resocializador en la vida futura (cf. Roxin, “Pena y reparación”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, L. II-S).

## Legislaciones provinciales donde se regula la mediación penal juvenil:

*A guisa de ejemplo podemos citar las siguientes provincias que regulan la mediación penal Juvenil:*

### Provincia de MENDOZA —

Regulación normativa: Acordada 15154 (1998) de la Suprema Corte de Justicia.

\*Acordada 21612 bis (año 2008) amplía la competencia del Cuerpo de Mediadores en el área penal. La mediación podrá ser solicitada por el Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado, denunciante o víctima del hecho. La solicitud podrá efectuarse hasta el inicio del debate.

### **Provincia de NEUQUÉN**

Regulación normativa: En el año 1999 se sanciona la Ley 2302 de Protección Integral del Niño y del Adolescente: Crea la Justicia Penal del Niño y el Adolescente. El caso es derivado por la Agencia Fiscal para Delitos Juveniles. Se selecciona el mediador interviniente. Se llevan a cabo audiencias individuales y conjuntas. Concluido el proceso, se eleva un informe del mediador a la Agencia Fiscal. Criterio de oportunidad: facultad del Fiscal Penal Juvenil, pudiendo invocar para ello el resultado favorable de una mediación que haya logrado una composición del conflicto.

### **Provincia de TIERRA DEL FUEGO**

Regulación normativa: La ley de mediación es la N.º 804 del 29/10/09 promulgada el 25/11/09. La derivación de la causa a mediación podrá ser a pedido del imputado, de la víctima o cuando el agente fiscal o el juez entiendan que resulta conveniente. Delitos de acción privada como también los que sean susceptibles de aplicación del instituto de suspensión del juicio a prueba.

# Introducción a la unidad

---



## Suspensión de Juicio a Prueba

## Contenidos de la Unidad

1

Conceptos y Antecedentes

2

Regulación Legal

---

3

Solicitud de la Suspensión de Juicio a Prueba

4

Pena de Multa Conjunta o Alternativa

5

Referencias

### **Comenzar la unidad**

Te invitamos a recorrer el contenido de la unidad.

[IR AL CONTENIDO](#)

## 9.1 Concepto y antecedentes

---



---

La suspensión de juicio a prueba resulta ser un mecanismo de resolución de conflictos, una alternativa dentro de los procesos

penales que culminarían, en principio, con el dictado de una sentencia condenatoria.

La sanción de la ley 24316 (B.O. 19/05/1994), modificatoria del Código Penal, surge tras diferentes proyectos legislativos sobre el tema y conforme lo reclamaran, para nuestro ordenamiento legal, distintos tratados internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos internacionales referidos a los derechos de las personas que hayan infringido la ley - "reglas de Tokyo"-.

El resultado de aquella elaboración legislativa tuvo como resultado el vigente art. 76 bis del C.P., que enuncia: "El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años".

---

**Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del**

**ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.**

- Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.
- Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.
- El imputado deberá abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera condena.
- No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.
- Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.
- Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22415 y 24769 y sus respectivas



modificaciones. (Párrafo incorporado por art. 19 de la Ley N.º 26735 (B.O. 28/12/2011)).

---

Artículo incorporado por art. 3.º de la Ley N° 24316

## Concepto

Podemos definir al instituto de la “suspensión del juicio a prueba” como la introducción de un limitado criterio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales conformado por una paralización del proceso penal, con potencialidad extintiva del ejercicio de la acción, limitada a determinados delitos (detectables por la pena con los que se los conmina) y determinados acusados (detectables por la posibilidad abstracta de lograr una condena condicional), sujeta, en su operatividad inicial, a la petición por el imputado (acompañada de la promesa de reparar el daño causado y someterse a un plan futuro de conducta) aceptada por el juez con consentimiento fiscal y condicionada finalmente por el plan trazado[1].

En este sentido, a los efectos comparativos nos resultó interesante transcribir los textos de los proyectos que trataban institutos similares al aquí traído a estudio:

1	2

El art. 55 del proyecto Perl-Fappiano, referido a la paralización a prueba del trámite en causa, disponía que cuando prima facie fuese previsible un sujeto de una punición leve o menor y el procesado se hallase confeso, hubiese reparado el daño si correspondiese, afianzado suficientemente la reparación, demostrado la absoluta imposibilidad de hacerlo o asumiese formalmente la obligación de hacerlo en las medidas de sus posibilidades reales y como parte de las condiciones de prueba; a su solicitud, el juez podrá disponer la paralización a prueba del trámite de la causa siempre que el encausado, en los cinco años anteriores al hecho, no hubiese cumplido pena, no hubiese sido condenado condicionalmente ni hubiese estado sometido a prueba.

1

2

Por otro lado, el art. 55 del proyecto del Ministerio de Justicia prescribía que todo proceso tramitado en el territorio de la Nación Argentina, después de la declaración del imputado y siempre que hubiere elementos de convicción suficientes sobre la existencia del hecho y la participación de aquel, hasta la resolución que fije la audiencia del debate o el cierre de la discusión sobre la causa, el tribunal podrá disponer la suspensión de la persecución a prueba, previo dictamen del Sr. Fiscal, cuando se estimare que en caso de condena la pena aplicable no excedería de dos años de prisión o se tratase de una pena no privativa de la libertad, siempre y cuando el interesado: **a)** hubiese solicitado el beneficio; **b)** no registrara condena por el delito y **c)** no hubiese estado sometido a prueba en los cinco años anteriores.

A partir de lo expuesto, podemos decir, como bien señala el Dr. Julio De Olazábal, que tanto la ley vigente como los proyectos que sirvieron de precedentes coinciden en siete aspectos: **a)** el imputado debe requerir la aplicación del instituto para el logro del beneficio, **b)** solo resulta aplicable para los delitos levemente penados, **c)** el imputado debe carecer de antecedentes, **d)** el evaluado debe cumplir con determinadas pautas; **e)** debe existir un determinado estado probatorio; **f)** se deben atender cuestiones referidas a la reparación de la víctima, y **g)** se requiere una prognosis sobre la rehabilitación del imputado[2].

Mientras que las diferencias más destacadas estarían dadas por lo siguiente: **a)** la ley 24316 solo suspende la realización del juicio y no el procedimiento preparatorio, tal como intentaban los proyectos; **b)** la ley 24316 requiere el consentimiento del fiscal para la concesión del beneficio. Sin embargo, el proyecto Perl-Fappiano no lo exigía y el del Ministerio de Justicia tan solo prescribía un mero dictamen, y **c)** nuestra actual legislación no establece, al menos claramente, un momento procesal tope para la introducción de la solicitud de la suspensión del juicio a prueba, aspecto delimitado por el proyecto del Ministerio de Justicia.

## Naturaleza

*(Distinción y relación con la condena de ejecución condicional)*

La Probation, como indicamos, es un medio de extinción de la acción penal, sujeto a requisitos mixtos (transcurso del tiempo y cumplimiento de condiciones), que se aplica genéricamente a todo delito que tolere la posibilidad de una condena de ejecución condicional (pena de 3 años o menos).

“La finalidad de quien requiere la suspensión del juicio a prueba no es la de obtener una sentencia absolutoria, sino la de no seguir sometido a proceso mediante la extinción de la acción penal”. P.H.M. s/ Lesiones gravísimas culposas - Recurso de casación /// T.S.J., Santa Cruz; 06-05-2014; Rubinzal Online; RC J 7918/14.

No es connatural a la condena condicional como sostienen algunas opiniones[3], porque en la condena de ejecución condicional se dicta efectivamente dicho pronunciamiento, con implicancias futuras concretas para el reo. Hay declaración de responsabilidad penal (y por ende eventualmente civil), hay sanción y amenaza de cumplirla efectivamente si no cumple las condiciones que se le imponen. Pero además es un antecedente penal computable, que amenaza la prisión efectiva en caso de cometerse un nuevo delito dentro de los siguientes ocho (para delitos culposos) o 10 años (si uno de los delitos es doloso).

## Finalidad

### **El instituto bajo análisis persigue como fin:**

1. Facilitar la solución adversarial de los conflictos penales menores.
2. Evitar la sustanciación de procesos penales en el caso de delincuentes ocasionales.
3. Desahogar la actividad jurisdiccional penal con causas por delincuencia nimia o de escasa repercusión.

4. Satisfacer los intereses de la víctima no obstante el beneficio del reo.
5. Evitar una eventual declaración de responsabilidad y aplicación de una pena en delitos como los expresados, mediando la espontánea y comprobada readaptación del reo.

## 9.2 Regulación Legal

---



**Supuestos y Condiciones de Aplicación /  
Requisitos Objetivos de Procedencia**

El art. 76 bis del C.P. dispone -en cuanto a los requisitos objetivos- que la procedencia del beneficio de la suspensión del juicio a prueba es factible cuando, a su vez, sea procedente la condenación condicional. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla: la propia ley amplía el campo de actuación de la condena condicional hacia supuestos que, en principio, no encuadrarían en el art. 26 del C.P., mientras que, por otro lado, lo restringe en otros sentidos. También podríamos hablar de otros requisitos o exigencias, pero ellos, o bien son cuestiones relativas al trámite, o bien son condiciones para que comience la operatividad del instituto.

El párrafo 4.º del art. 76 bis del C.P. establece que “si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable” el tribunal podrá suspender la realización del juicio. En este sentido, ya entre los proyectos que se hallaban en el Congreso de la Nación, existía una coincidencia general sobre la conveniencia de limitar la “suspensión a juicio” a los delitos de poca entidad; de allí que para seleccionarlos, todos establecían una pena máxima, superada la cual los imputados por los delitos conminados de tal modo no podrían acceder al beneficio de la “probation”.

---

**La comisión de la legislación Penal de la Cámara de Diputados, al redactar la normativa actual, estableció que todo delito que no supere en su máximo la condena de tres años de privación de**

## **libertad podría encuadrar dentro de las exigencias para la concesión de la suspensión del juicio a prueba.**

Asimismo, la ley 24316 ha dejado en claro que en caso de concurso de delitos igualmente podrá solicitarse la suspensión si el mínimo de la pena aplicable no excediese de tres años.

En este sentido, más allá de los problemas interpretativos que genera la confusa redacción legal de la norma, el juego del art. 76 bis y siguientes del C.P. regulan los supuestos a los que el instituto puede aplicarse, como así también determinados casos que quedan fuera de su ámbito de eficacia a pesar de cumplir con los requisitos necesarios: tal sería el caso de la participación de los funcionarios públicos en hechos punibles en el ejercicio de sus funciones, o los delitos que prevén pena de inhabilitación.

La inteligencia de los párrafos 1ro. y 2do. del art. 76 bis del C.P. indican claramente que el instituto resulta aplicable ante la imputación de un delito de acción pública o concurso de ellos, cuya pena máxima privativa de la libertad - como ya se dijo más arriba- no supere los tres años.

Ahora bien, los conflictos y discrepancias interpretativas se presentan al intentar determinar el significado y alcance que corresponde asignar al art. 76 bis., máxime teniendo en cuenta que mientras el citado artículo en su 2do. párrafo alude a la pena cuyo máximo no excediera de tres años (pareciendo así referirse a las penas abstractas aplicables), el párrafo 4to refiere: "si las circunstancias



del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena a aplicar” (pareciendo así focalizarse en la posible pena de aplicación en el caso concreto).

*Dicho aquello, si bien numerosa doctrina y jurisprudencia han abordado el tema y elaborado construcciones de las más variadas, sintetizaremos a continuación las dos posturas más generalizadas respecto de la interpretación del articulado:*

## **Tesis Restringida**

Como argumento de mayor peso práctico corresponde aquí citar la doctrina sentada por el acuerdo n.º 1, en plenario nº 5, de la Cámara Federal de Casación Penal, “Kosuta, Teresa R. sobre recurso de casación” del 17 de agosto de 1999 auto convocatoria en causa 1403 de la Sala III-. En dicho fallo plenario, mientras que la minoría se inclinó sobre la procedencia de la llamada “tesis amplia”, la mayoría se impuso a favor de la limitación de la aplicación del instituto a delitos reprimidos con penas de prisión o reclusión, cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años.

Los argumentos utilizados para arribar a tal conclusión se focalizaron principalmente en la circunstancia de que la introducción del instituto de la suspensión de juicio a prueba en nuestro ordenamiento penal vigente -además de posibilitar la descongestión de puntos críticos de la organización judicial argentina- cuenta con el objeto de evitar la imposición innecesaria de penas a personas que, habiendo cometido delitos de escasa gravedad, conminados con penas cuyo máximo en la escala penal no superan los tres años de prisión (“insignificantes”, “de lesión mínima al orden jurídico”, “faltas de baja potencialidad ofensiva” o “delito de bagatela”), se sometan a los requisitos

previstos en dicha norma. Esta inteligencia se fundamenta en el análisis del proceso legislativo que gestó la sanción de la ley 24316 y en las manifestaciones vertidas en este sentido por los legisladores.

---

De este modo, el precedente “Kosuta”, estableció -como doctrina plenaria- por mayoría que la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y siguientes del C.P. es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años; que no procede la suspensión de juicio a prueba cuando el delito tiene prevista una pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa y, finalmente, que la oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano judicial, es vinculante para el otorgamiento del beneficio, mientras que, por unanimidad, establecieron que el querellante tiene legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión de juicio a prueba, a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

## Tesis Amplia

La tesis amplia actualmente es la postura que cuenta con mayor grado de aceptación, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en general. Ello a punto tal que su aplicación se volvió automática al asumirla como propia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Acosta, Alejandro E. s/ infracción art. 14, párr. 1º de la ley 23.737”, de fecha 23 de abril de 2008.

Los argumentos a favor de esta postura también son variados y abundantes. A modo de síntesis, en esta línea argumentativa es pertinente reseñar la postura sustentada en el fallo Kosuta por el voto minoritario de los Dres. Casanovas y Tragant.

Respecto de la pertinencia de la aplicación de la tesis amplia, los magistrados sostuvieron que esta medida guarda filiación con las formas de simplificación procesal y un conjunto de alternativas al encierro carcelario tradicional que afectaron fundamentalmente a la franja de delitos menores y/o realizados por jóvenes o drogodependientes; como así también que la incorporación de este tipo de medidas debe enfocarse desde la perspectiva de la búsqueda de la economización y nacionalización de la intervención penal y la valoración negativa de los fines de la pena privativa de la libertad como “reina de las penas”.

---

**En este mismo sentido, se entiende que la ley se refiere a cada grupo de delitos en párrafos diferentes: en el párrafo 1.º del art. 76 bis del C.P. se prevé la pena en abstracto (cuyo máximo no exceda de tres años), en tanto que en el párrafo 4º se considera la pena en concreto, con clara alusión al art. 26 del C.P. Asimismo, en razón del**

**uso que la ley hace de los términos “juez” en el párrafo 3.º y “tribunal” en el 4.º, puede admitirse la existencia de dos supuestos de procedencia al resultar compatibles con el órgano jurisdiccional que en la etapa de debate puede acordar la suspensión del proceso a prueba. Sumado a ello, la exigencia del dictamen fiscal en el párrafo 4.º patentiza la existencia de dos supuestos diferentes.**

En conclusión, tanto el juez Casanovas como Tragant consideran que la teoría amplia resulta ser la interpretación más coherente con la finalidad perseguida por la norma a los efectos de brindar una herramienta eficaz para el descongestionamiento de los puntos críticos de toda la organización judicial, como así también a la necesidad de utilizar medios alternativos que limiten o reduzcan los efectos estigmatizantes de la reacción penal.

## 9.3 Solicitud de la suspensión de juicio a prueba

---



---

**Extinguido el tratamiento en cuanto a los requisitos para la procedencia del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, pasaremos a analizar aspectos sobre la solicitud del mismo. La**

**legislación de fondo no define específicamente la oportunidad a partir de la cual se puede solicitar instituto de estudio.**

Si bien algunos autores consideran que la etapa de debate es el momento procesal oportuno para la petición -postura del Dr. De Olazabal- otros juristas, en cambio, adoptan un criterio más amplio.

Estos últimos entienden que si bien el art. 293 del C.P.P.N. no especifica el momento a partir del cual se pueda requerir, dicho artículo se encuentra ubicado en el capítulo III, del título IV, del libro II (correspondiente a la etapa de instrucción) del Código ritual y utiliza las palabras “órgano judicial competente” para aludir al juez o tribunal encargado del procedimiento, por lo que se entiende que la suspensión del juicio a prueba podría ser solicitada en la instancia investigativa.

Por otro lado, una interpretación literal conllevaría a sostener que la utilización de la palabra “juicio” limita a la etapa de debate oral la aplicación del instituto, ya que lo que se suspende es precisamente aquella etapa y no la instructora.

*Sin perjuicio de lo expuesto, nosotros entendemos que para solicitar la suspensión del juicio se debería contar con el requerimiento de elevación a juicio. Acto procesal fundamental para circunscribir la acusación que se erige contra el imputado, lo que permitirá el juicio de mérito que necesariamente debe efectuar el juzgador antes de resolver el otorgamiento de la “probation”. Mientras que el momento culmine para la solicitud del instituto estaría dado por el instante previo al*

*dictado de la sentencia definitiva (se pretende evitar de este modo cualquier tipo de menoscabo a los derechos de defensa en juicio).*

## Intervención de las Partes

### El Imputado

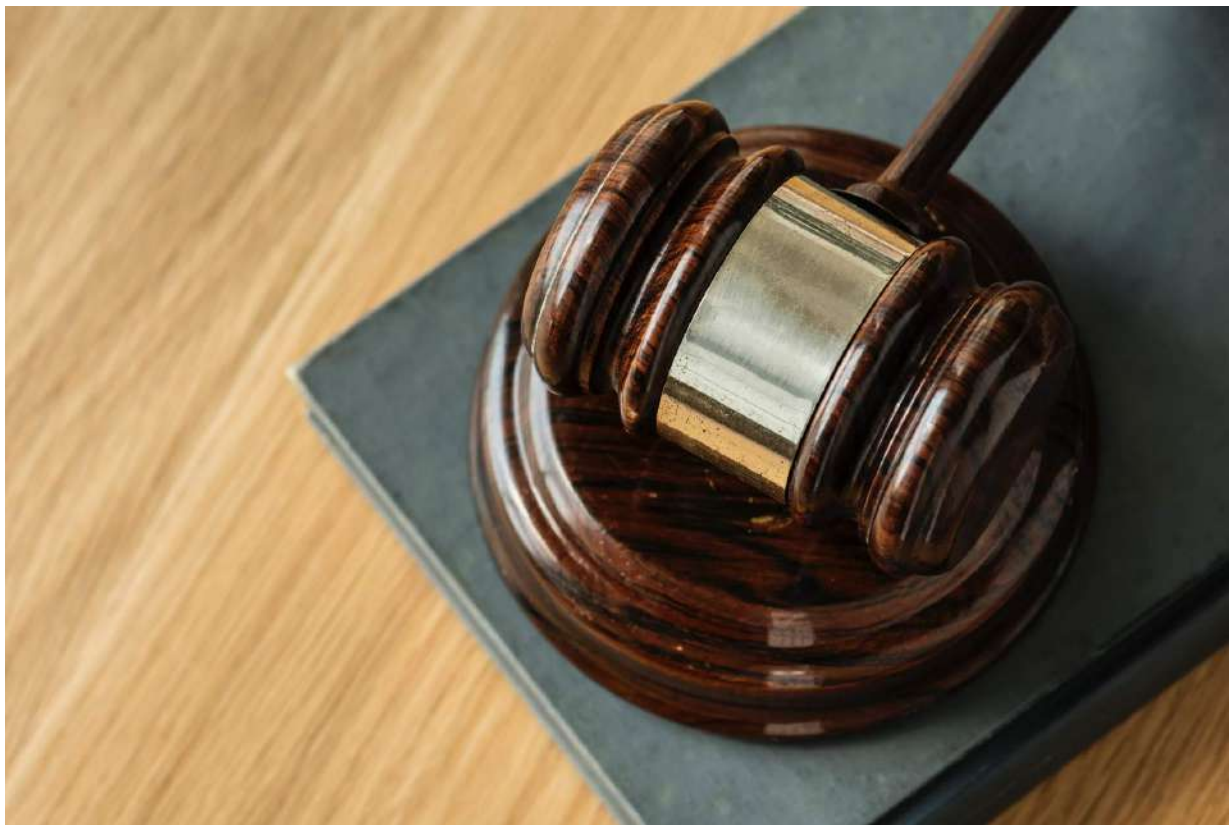
Al imputado le corresponde el inicial estímulo del trámite, solo aquel puede peticionar la suspensión de juicio a prueba y efectuar la reparación del daño, lo que no impide que la presentación pueda ser efectuada mediante el abogado defensor, siempre y cuando a posteriori se cuente con la ratificación y el entendimiento, por parte del imputado, respecto de los alcances del instituto.

La solicitud del imputado debe contener la propuesta de reparación económica en la medida de sus posibilidades, lo que implica dejar de lado la perspectiva civilista de reparación integral del daño. En este sentido, recuérdese que en caso de que no sea aceptada la reparación económica, el art. 76 bis parr. 3º del C.P. y los arts. 16 y 17 del C.P.P.N dejan expedita la acción civil.

Ahora bien, cabe preguntarse si la solicitud de la suspensión de juicio a prueba implica un reconocimiento de culpabilidad por parte del imputado. Sobre este punto corresponde indicar que, en el caso de que el probado cumpla con las obligaciones impuestas, esta cuestión carecerá de todo interés, ya que la solución final derivará en la extinción de la acción penal y en el consecuente sobreseimiento del imputado.



Empero, si se rechaza la solicitud de la suspensión o si luego de concedida es revocada, la inquietud resulta de vital importancia. Así debe tenerse en cuenta que, a pesar de que el texto legal no lo expresa en forma directa, el párrafo 3º del art. 76 bis del C.P., al tratar la oferta de reparación del daño, aclara que se hará “sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad correspondiente”, por lo que se deduce que menos aún la solicitud del instituto podrá importar la confesión o reconocimiento de responsabilidad penal por parte del solicitante.



## **El Damnificado**



La intervención de la parte damnificada para expedirse a los fines de obtener la reparación del daño causado no requiere formalmente la constitución en “parte” en el proceso. Los fines del instituto tienden a contemplar los intereses generales de la víctima. No obstante ello, la participación del damnificado -antes, durante y posteriormente a la audiencia prescripta por el art. 293 del C.P.P.N.- resulta ser sumamente limitada.

Su actuación se circunscribe a aceptar o rechazar el ofrecimiento económico, y en este último caso, a mantener abierta la vía civil correspondiente, sin que le asista recurso alguno contra la resolución de razonabilidad del ofrecimiento.

---

**No obstante ello, nosotros consideramos que lo que podría llegar a ilustrar el damnificado (cuestiones referidas a la superación de la crisis, a las consecuencias posteriores al suceso, entre otros elementos) resulta, aunque no vinculante, de sumo interés para el Ministerio Público Fiscal y el órgano jurisdiccional, a los efectos de determinar la existencia de un pragma conflictivo y su relevancia.**

Otorgar una mayor intervención al perjudicado en el proceso resulta acorde con las tendencias democráticas y participativas, lo que se ajusta a lo establecido en los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país en materia de derechos de la víctima, lineamientos receptados en nuestro derecho doméstico por medio de la ley 27372.



## El Representante del Ministerio Público Fiscal

Tal como sucede en la mayoría de los actos de relevancia en el proceso, la intervención del fiscal es, en este instituto, decisiva e ineludible. Esta se producirá tras el pedido efectuado por el imputado y con anterioridad a la resolución sobre el pedido de la suspensión del juicio.

Más allá de que alguna doctrina minoritaria ha sostenido que aun mediando dictamen desfavorable del Ministerio Público Fiscal podría concederse la suspensión de juicio a prueba, cabe mencionar que sobre este aspecto se han

planteado dos posturas: la primera consiste en sostener que el dictamen fiscal, en contra de la concesión de la suspensión del juicio, solo resulta vinculante para el órgano jurisdiccional en los casos del párrafo 4º del art. 76 bis del C.P., en tanto que dicho artículo trata dos supuestos distintos, el del 1.º y el del 4.º párrafo. Mientras que la segunda tesitura considera que la conformidad del fiscal es exigible en todos los casos.

Recordemos que este tema fue tratado en el plenario “Kosuta” de la C.F.C.P., en el que la mayoría consideró que el consentimiento del fiscal es una condición necesaria e ineludible para suspender el juicio en los términos del art. 76 bis del C.P., siendo su oposición vinculante en lo que respecta al juez o al tribunal.

---

**Ahora bien, con el dictado del fallo “Acosta”, y al haberse alineado nuestro más alto tribunal con la “tesis amplia”, podemos afirmar que el artículo en cuestión trata dos hipótesis diferentes, siendo la opinión del Ministerio Público Fiscal vinculante únicamente en relación con los delitos cuyo máximo punitivo supera los tres años de prisión o reclusión y que, en el pronóstico eventual y en concreto del caso, podría llevar inherente el cumplimiento de una pena de ejecución condicional.**

**La Parte Querellante**

Finalmente, respecto de la querella, la ley de fondo nada dice en cuanto a su actuación en el trámite de la suspensión de juicio a prueba. Sin perjuicio de ello, y atento a que el art. 293 del C.P.P.N. dispone que podrá concederse el beneficio en audiencia única donde las partes tendrán derecho a expresarse -en tanto partes que necesariamente debe ser oída. Y no solo por esto, sino también por el hecho de ser víctima del suceso investigado, conforme fue explicitado en el punto referido a la parte damnificada.

No obstante ello, su oposición no podría impedir una eventual concesión del beneficio, siempre que exista consentimiento del fiscal (en su carácter de titular de la acción pública). Sin embargo, es dable resaltar que el plenario "Kosuta" también analizó la legitimación del querellante para recurrir la suspensión del juicio a prueba, excluyendo el supuesto correspondiente al monto de la reparación económica. En el citado fallo, por unanimidad, se expidieron a favor de la legitimación autónoma del querellante para recurrir el auto de suspensión de juicio a prueba, a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

## 9.4 Pena de Multa conjunta o alternativa

---



---

Párrafo 5.º (Art. 76 bis): "Si el delito o algunos de los delitos que integran el concurso estuviere reprimido con pena de multa aplicable

en forma conjunta o alternativa con la prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente".

Este párrafo y el último del artículo nos aclaran que el instituto está destinado a evitar la continuidad de un proceso que puede desembocar en pena privativa de la libertad únicamente.

Se ha criticado (con fundada razón) que resulta dogmáticamente contradictorio exigir el pago del mínimo de multa (en los casos de aquellos delitos con pena alternativa de tal carácter), puesto que la satisfacción del mínimo de esa pena de multa prevista agotaría el proceso mediante el cumplimiento de la pena (en su mínimo) sin haber desarrollado el juicio.

## Plazo de Suspensión

- "El tiempo de suspensión de un juicio será fijado por el tribunal entre uno y tres años según la gravedad del delito".
- La selección del plazo de puesta a prueba, que es una facultad del tribunal, remite obligadamente a los arts. 26, 40 y 41 del C. Penal.
- El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del art. 27 bis. Y al ofrecimiento hecho por el mismo.

# Reglas de conducta o condiciones

*Primer párrafo, 2.ª parte: "El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme a las reglas del art. 27 bis".*

- 1 "Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato".
  - 2 "Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relaciones con ciertas personas...".
  - 3 "Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas".
  - 4 "Asistir a la escolaridad primaria si no la tuviese cumplida".
  - 5 "Realizar estudios o prácticas necesarias para su capacitación laboral".
  - 6 "Someterse a un tratamiento médico o psicológico previo al informe que acredite su necesidad o eficacia".
  - 7 "Adoptar oficio, arte, industria o profesión adecuados a su capacidad...".
  - 8 "Realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de Instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo...".
-

"Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso...".

Encontramos aquí una cláusula abierta que convierte a las anteriores disposiciones en meramente enunciativas o indicativas. El Juez (si se atreve a ser creativo y desestructurarse) puede seleccionar otras medidas condicionales para el reo, adaptadas a su realidad, aptitudes y demás valoraciones que se efectúen en miras a la prevención delictiva.

## Resulta esencial que las condiciones sean:

- Posibles de cumplir.
- Posibles de controlar.
- Eficaces y útiles para la prevención delictiva (especialmente para revelar la voluntad de cambio que experimente el que delinquirá).

## Efectos respecto a la prescripción de la acción penal

*Art. 76 ter - 2.º párrafo: "Durante ese tiempo (de prueba) se suspenderá la prescripción de la acción penal".*



Esta disposición es coherente con el espíritu del instituto que analizamos, ya que la Suspensión del Juicio a Prueba es una grave interferencia al proceso y, por ello, debe ser severo el condicionamiento a que se someta el acusado.

Esta disposición es una nueva excepción legal a la prescripción de la acción penal que operaba de pleno derecho en favor del reo por el solo transcurso del tiempo (las demás están contempladas en los tres primeros párrafos del art. 67 del C.P.), ya analizado precedentemente.

Si no cumple con las condiciones previstas y se debe reanudar el juicio, resultaría un despropósito que la acción hubiera fenecido por el solo transcurso del tiempo, ya que se trata de una actividad en miras a observar el comportamiento del reo y, eventualmente, otorgarle una oportunidad para lo futuro, sin el estigma de una posible condena. No es una puerta fácil para eludir la responsabilidad penal.



# Extinción de la Acción Penal

Art. 76 - 4.º párrafo: "Si durante el tiempo fijado por el Tribunal, el imputado no cometiere delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de la conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario será llevado a juicio...".

**Las condiciones de extinción de la acción penal están claramente enumeradas en este párrafo del art. 76 ter, pero como puede presentar variantes las analizaremos separadamente. La última parte del párrafo también es clara para nosotros pero igualmente puede ofrecer dudas, por lo que le daremos igual tratamiento.**

## Transcurrido el Plazo

Se refiere al que fue impuesto en la resolución que concedió la Probation o su ampliación posterior, perfectamente posible, ya que la ley no lo impide y es compatible con los fines propuestos por el instituto. En efecto, muchas veces se concede la Probation a un plazo determinado (vgr.: año y seis meses), pero luego existe posibilidad de ser ampliada; por ejemplo, con motivo de un concurso real de delitos.

## **El acusado no cometa "nuevo delito"**

Esta exigencia trae algunos inconvenientes por las diferencias de criterio respecto a la significación del término delito. Algunos juristas sostienen que, hasta tanto no haya sentencia condenatoria por el nuevo hecho, no corresponde revocar la concesión del beneficio, pues no se ha cometido un delito propiamente dicho; mientras que otra postura entiende que tan solo con la noticia de instrucción por un nuevo hecho se está en condiciones de revocar la suspensión del proceso a prueba y traer al individuo a juicio.

## **Si el acusado repara los daños en la medida ofrecida**

Según el texto de la ley, el monto de resarcimiento implica un mero ofrecimiento de reparación; el Juez puede conceder el beneficio aun cuando el damnificado no aceptase la oferta.

Sin embargo, art. 76 ter. parece subordinar en parte la liberación del proceso -y la eventual pena- a la reparación efectivizada. En ocasiones, los fiscales exigen

que esté cumplida esta condición al igual que las demás para la procedencia de la extinción de la acción penal. También allí se produce otra incoherencia, pues el representante del Ministerio Público, que nada tiene que hacer respecto a la acción privada, que es ajeno al interés patrimonial del damnificado, termina tomando parte en la cuestión.

---

**De todos modos, es facultad en definitiva del Juez decidir (fundadamente o con justa causa) si da por satisfecho, a los fines de la extinción de la acción penal, el cumplimiento parcial o insuficiente de las indemnizaciones o reparación comprometidas.**

## **Si el imputado cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal**

El Juez debe apreciar si el incumplimiento o cumplimiento parcial es causal de revocatoria de Probation o, por el contrario, la falta es tolerable (por causa justa, enfermedad, imposibilidad económica, atención de otras obligaciones más importantes como las familiares, etc.). Entonces, el Juez decide dar o tener por

cumplidas las condiciones, explicando en su resolución en qué fundamenta tal decisión a pesar de la defección del reo, ya que esta es facultad del magistrado.

Cumplidos y verificados estos requisitos, el Tribunal que concedió el beneficio declarará extinguida la acción penal.

## **Entonces, son causales de la revocación del beneficio las siguientes:**

1. *Comisión de un nuevo delito.*
2. *Incumplimiento de algunas de las reglas o condiciones que le son impuestas.*
3. *La no satisfacción de la reparación ofrecida.*

Estas prohibiciones rigen durante el tiempo de suspensión estipulado por el Tribunal (1 a 3 años según el párrafo 1, o sus extensiones según lo explicamos). Para controlar su observancia, se debe realizar inevitablemente controles periódicos de conducta, a través de funcionarios designados al efecto.

## 9.5 Referencias

---



- [1] García Lois Adrián J., La selectividad del sistema Penal, Cathedra Juridica, Buenos Aires, 2011.
- [2] De Olazábal, Julio. Suspensión del Proceso a Prueba. Astrea, Buenos Aires, 1994.
- [3] Cristina Barberá de Risso. Río Tercero-Córdoba, 30/4/04, "Conferencia sobre problemas de aplicación de la probation", organizadas por Asociación

de Magistrados.

## Descarga del contenido

---

### **¿Quieres imprimir el contenido del módulo?**

Para descargar el contenido del módulo e imprimirlo, haz clic en el archivo que se encuentra a continuación.