

Módulo 2. De las penas

Unidad 2.1. Las penas

2.1.1. Introducción

Una de las preguntas neurálgicas del derecho penal a lo largo de los siglos consiste en responder ¿para qué castigar? Es decir, ¿cuál es la finalidad de la pena?

Algunas corrientes doctrinarias legitiman la pena y otras la deslegitiman. Las primeras aluden a la necesidad de la pena, las segundas descreen en la efectividad de la sanción penal, como las concepciones negativas y agnósticas de la pena, buscan minimizar al derecho penal y bien, abolirlo como método de castigo o control social.

2.1.2. Discursos que legitiman la pena

Dentro de esta corriente, se ha clasificado sendas posiciones, en tanto penas sean consideradas justas o útiles. Desde entonces hasta la fecha, los discursos legitimantes del uso del poder punitivo estatal no han podido salir del bagaje ideológico que implica mirar la pena bien como retribución (teorías justas o absolutas), bien como prevención (teorías útiles o relativas). Veamos.

Teorías justas

Para estas teorías, la pena es un fin en sí mismo, entonces no debe buscarse otra finalidad por fuera de la misma.

a) De la reparación: en esta línea, si bien el delito es un mal, puede ser reparado a través de la imposición de otro mal, la pena. Se trata de una compensación de males.

b) De la retribución: sostienen que el delito es un mal que no puede ser reparado, sí debe ser castigado en razón de justicia. No consiste en una compensación. La razón de justicia se busca en el otro mundo (teoría de la retribución divina); en una razón moral (retribución moral) o en un fundamento de orden jurídico (tesis de la retribución jurídica).

Estas teorías buscan una respuesta proporcional al mal que implica el delito, la sanción podría superar el grado de culpabilidad del autor. Es decir, la pena no

será mayor al mal cometido. La razón de ser es un acto de justicia. El hombre es un fin en sí mismo (Kant), entonces, cualquier visión utilitaria de la pena afectaría la dignidad del ser humano, pues no puede ser instrumento para conseguir otros fines.

Ahora bien, como contrapartida, se las critica porque no persiguen ningún fin de utilidad social. Además, el bien justicia como parámetro puede resultar incomprensible para los hombres, en tanto tiene reminiscencia religiosa.

Teorías útiles

En primera medida, se arribó a una relativización del concepto del Estado. En tanto la potestad de aplicar penas no es vista como algo absoluto que esconde detrás la idea de justicia. El contractualismo interpreta que el delito es la ruptura del pacto social, entonces legitimaría el poder punitivo estatal. La pena no es un fin en sí mismo, las teorías relativas buscan adjudicar una finalidad, como puede ser la utilidad social. Además, buscan la prevención para el futuro, no el castigo únicamente del acto llevado a cabo.

La prevención del delito puede ser general, como una amenaza general a no cometer delitos, o bien especial, atiende al comportamiento de un individuo en particular. A su vez, pueden revestir aspectos positivos o negativos. Si se trata de los aspectos positivos, como puede ser la resocialización, se habla de prevención positiva. En cambio, si se priorizan aspectos negativos, consisten en una amenaza de pena o bien la inocuización del delincuente.

En consecuencia, las variantes serían las siguientes: prevención general negativa; prevención especial positiva; prevención especial negativa; prevención general positiva.

Teorías mixtas

Tal cual vimos, las teorías se diferencian en poner el foco en la justicia de la pena -retribución- o bien en su utilidad -prevención-, unas fueron criticadas por que tienen una finalidad social y otras por utilizar al hombre para alcanzar otros fines y afectar la proporcionalidad del castigo y la culpabilidad.

Entonces, las teorías mixtas fusionan elementos de las anteriores, dando cuenta que la pena sólo podría ser legítima cuando reúna ambos puntos, justicia y utilidad. No entienden que estos parámetros de análisis y legitimidad sean antagónicos. La retribución mira al pasado y la prevención al futuro, se busca su complementariedad.

A modo de ejemplo, en el caso de Roxin, la respuesta sería que la pena no puede ser mayor al grado de culpabilidad, empero podría ser disminuida en razones de prevención general, luego una vez aplicada, se pasaría de la prevención general a la especial, buscando la resocialización del delincuente. Es decir, la teoría retributiva es de aplicación como límite máximo de la pena, previamente rige la prevención general para advertir la comisión del delito, una vez aplicada la sanción, debe buscarse la prevención especial positiva.

2.1.3. Discurso que deslegitiman la pena

En resumidas cuentas, realizan un análisis de la realidad y de índole sociológico, para concluir que el poder punitivo estatal resulta arbitrario. Habla de la selectividad del sistema penal, es decir no se castigan todos los delitos, sino se escogen algunos sobre otros, da cuenta de personas que se presentan con mayor grado de vulnerabilidad a ingresar al sistema penal como imputados, como pueden ser personas de bajos recursos y en razón de delitos más burdos y fácilmente detectables.

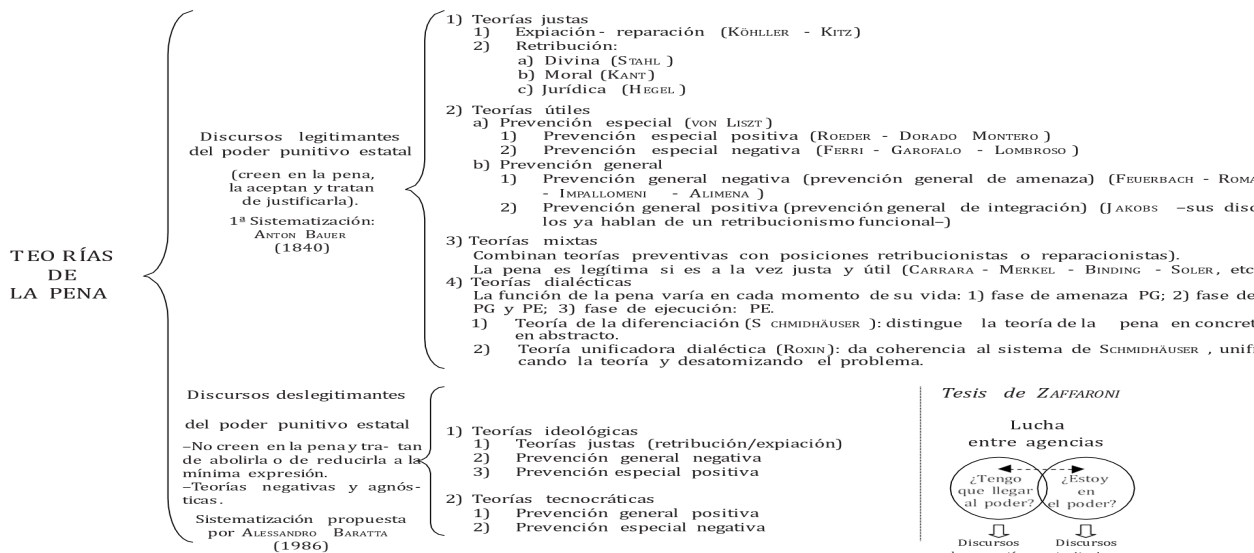
Además, a pesar de la cantidad de conductas que están “prohibidas” en las leyes, solo un puñado se criminaliza, y a su vez, la diferencia entre delitos cometidos y personas imputados se denomina cifra negra, lo cual según algunas opiniones deslegitimaría el derecho penal.

Dicho esto, la criminalización secundaria sería arbitraria y selectiva, se critica la acción de las agencias policiales y judiciales. Pues, si bien la criminalización primaria, en esta línea, es arbitraria y selectiva, la criminalización secundaria lo sería mucha más.

Más allá de lo cuestionable de las posiciones deslegitimadoras, en lo atinente a la falta de investigación y castigo de los delitos de cuello blanco y de corrupción pública, impresiona que el esfuerzo estatal no ha sido suficiente.

Dentro de esta posición están las teorías agnósticas que dan cuenta de lo indeterminado de la efectividad de la pena, las de derecho penal mínimo que intentan reducir el mismo, así como las abolicionistas que en un extremo plantean la derogación directamente de las leyes penales.

Figura 1: Teorías de la pena



Fuente: Grappasonno, 2006.

Unidad 2.2. Las penas

2.2.1. Introducción

A la luz del art. 5 C.P., el sistema argentino prevé las siguientes penas: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

Penas principales y penas accesorias: las principales pueden aplicarse solas y en forma autónoma, se trata de las que están previstas en dicho art. 5.

Penas paralelas (alternativas o conjuntas): en la parte especial del código penal existen numerosos casos en los que se prevé dos clases de pena para un delito,

dan cuenta de un paralelismo. Si debe escogerse una son alternativas. Si corresponde aplicar ambas al mismo tiempo, resultan conjuntas.

Penas divisibles e indivisibles: las primeras pueden ser fraccionadas, en tiempo o cantidad, las otras por su naturaleza (ej: prisión perpetua, monto fijo en la multa), no pueden fraccionarse.

Penas privativas de libertad. Privan a la persona de la libertad ambulatoria, otras consecuencias como medidas de sujeción están prohibidas (art. 74 ley 24.660). El encierro pasó de ser una modalidad de índole preventiva en el proceso a conformar el castigo en sí mismo, lo cual aconteció a principios del S.XVIII, ante las ideas de la Ilustración. La diferencia entre la reclusión y la prisión ha dejado de tener razón de ser. La reclusión tenía un tratamiento carcelario más riguroso (arts. 13, 24 y 26 C.P., decreto ley 412/58 Ley Penitenciaria Nacional), pero ha sido tácitamente derogada por la sanción de la ley 24.660 de ejecución penal -derogó dicho decreto ley-, pues no distingue en el cumplimiento de la pena otro tratamiento (fallo Corte de Justicia Nacional, caso "Mendez").

Multa: se encuentra prevista en los arts. 21 a 22 bis C.P., consiste en el deber de abonar una suma de dinero.

Inhabilitación: están previstas en los arts. 12, 19 a 20 ter C.P., además de la parte especial en los delitos en particular. Cuando el delito implique incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público, abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela, incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

2.2.2. Graduación

El Código Penal prevé en los arts. 40 y 41 las circunstancias que deben considerarse a la hora de fijarse una pena, se han elaborado distintas teorías de cómo debe encararse esta tarea, si debe emprenderse el ingreso a la escala por el mínimo en razón de una visión limitantes del poder punitivo, si debe realizarse por la mitad de la escala u otros métodos válidos. Entiendo que mal podría adoptarse una técnica desprovista del caso concreto. Se trata de una operación intelectual que siempre está sujeta a discrecionalidad judicial.

Como vimos, hay penas indivisibles, entonces ante una condena la sanción no

podrá ser materia de mensuración, y penas divisibles, que exigen una ponderación, una tarea propia del juez, más allá que en esa operación intervienen las partes en el proceso propugnando por una respuesta punitiva determinada. Es decir, no se trata de la respuesta jurisdiccional de oficio, sino como lo marca todo proceso acusatorio, debe haber una pretensión de la parte acusadora, sea pública o privada.

Más allá de esto, entiendo que será de utilidad también considerar las atenuantes y agravantes del caso que fuera ante la pretensión de una pena indivisible, en tanto en base a los mismos hechos el juez puede comprender que la calificación legal es distinta y mudar el encuadre a una que prevea una pena divisible. Además, dicha situación no solo puede acontecer en proceso contradictorio del juicio oral, también en el marco de un recurso contra la sentencia, habida cuenta que si el órgano revisor altera la calificación legal en el sentido apuntado, podrá adecuar la pena, ahora divisible, salvo aquellos casos en que hay un reenvío para que el anterior órgano juzgador fija la pena en base a esta nueva calificación legal.

En conclusión, la necesidad de analizar atenuantes y agravantes ante penas indivisibles puede acontecer y resulta atinado que no se evada este análisis.

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

A su vez, el artículo 41, más específico, alude lo siguiente: “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 extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

Si bien impresiona que las circunstancias vertidas resultan una suerte de enumeración taxativa, entiendo no lo son, pues se utiliza una fórmula abierta con expresiones: “demás antecedentes y condiciones personales”, “circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad”,

“conducta precedente”, etc. Vale aclarar que cuando el digesto habla de peligrosidad, no podemos interpretar que se refiere a la persona, en tanto está vedado el juzgamiento de su personalidad, sino siempre a la luz del hecho cometido, allí debe ceñirse cualquier consecuencia (arts. 18 y 19 C.N.).

Es importante tener en cuenta que si alguno de estos puntos luego también se encuentra en la descripción típica o en otra consideración del pronunciamiento, podría caerse en un doble juzgamiento prohibido por nuestro sistema constitucional. Por ejemplo: ponderar que la pena debe ser mayor en el caso por tratarse el autor de un “funcionario público” y en tipo penal prevé que esta conducta la debe cometer un “funcionario público”.

En definitiva, lo que se pondera es la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del autor en el mismo. La escala penal en abstracto, debe llevarse a una pena concreta, además el juez debe fundamentar el mecanismo utilizado y sostener la razonabilidad de la sanción, también estará sujeta a control por parte de las partes y del órgano revisor.

2.2.3. Agravantes genéricas

Más recientemente, el legislador optó por establecer agravantes generales, de este modo y por razones de política criminal, limita al juez en la tarea de mensurar la pena. Más allá que permanecen vigentes las penas divisibles en la mayoría de los delitos, dichas agravantes genéricas, establecen en abstracto penas más altas en caso que cualquier delito previsto en el código penal, ante la concurrencia en el caso concreto que ciertas circunstancias, por ejemplo ante la comisión del delito con el uso de un arma de fuego.

Dicha técnica legislativa en nuestro país, está dentro de los parámetros constitucionales y resulta desde la política criminal un mecanismo válido para criminalizar en forma primaria conductas más dañosas para los bienes jurídicos y el tejido social. Las agravantes hasta el momento son las siguientes:

El empleo de armas de fuego contra las personas

Artículo 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 (Ley N° 25.297 B.O. 22/9/2000).

Figura del partícipe delator

Artículo 41 ter “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 23.737 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 sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión. La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa (Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)”.

Intervención de menores de 18 años de edad

Artículo 41 quater “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo (Ley N° 25.767 B.O. 1/9/2003).

Esta agravante dio lugar a varias interpretaciones disímiles, si se trata de una mera participación, o bien si debe acreditarse cierta determinación del mayor al menor al delinquir, etc. Una de las soluciones fue aportada por la Suprema Corte de provincia de Buenos, sostuvo en prieta síntesis que no resulta necesario demostrar que el mayor determinó o influyó la menor, tan solo que intervino el menor desde lo objetivo (P. 111.446 "Roldán, Jorge Armando. Fiscal Adjunto Tribunal de Casación s/ rec. extraordinario de inaplic. de ley" y su acumulada P. 111.944, "F., Jonathan Gabriel" del 9/04/2014). Tampoco se descarta la agravante si se advierte que el menor tuvo una activa participación y hasta pudo haber llevado la voz cantante en el hecho criminoso. También sostuvo dicho alto tribunal, que no resulta

trascendente la diferencia de edad entre el mayor o menor, pues algunos tribunales habían descartado la agravante cuando el mayor apenas superaba la mayoría de edad y existía poca diferencia de edad con el menor.

Actos terroristas y de organizaciones internacionales

Artículo 41 quinquies “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional (Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)”.

Unidad 2.3. Condenación condicional

2.3.1. Introducción

Este instituto no estaba incluido en la versión original del código penal, en 1968 aparece en el art. 26 y luego en 1984 recibe una modificación, siendo esta la redacción actual.

La finalidad fue la de evitar las penas cortas de efectivo cumplimiento, se dio cuenta de la secuela de encierro y se puso en duda en breves estadías intramuros la resocialización. Se suspende la ejecución de la pena privativa de libertad, aunque sujeto al cumplimiento de condiciones y no cometer un nuevo delito. Si el imputado abastece todas las exigencias de la ley en el plazo previsto, entonces lo que se tiene por no pronunciada es la condena.

Es una condena que, obviamente, opera como una suerte de advertencia de una potencial pena de efectivo cumplimiento.

2.3.2. Requisitos

- Primera condena: no debe registrarse otra condena anterior, y en caso de ostentar una, debieron transcurrir 8 años ó 10 años si ambos delitos fueron

dolosos.

- Monto de la pena: la pena en el caso concreto no debe superar de 3 años de prisión, es decir, no el monto en abstracto previsto en el tipo penal, sino la impuesta. Siguiendo la metodología del código penal, con superar en un día esos 3 años, sería inaplicable la condena condicional. No importa el concurso de delitos, la pena en concreto debe ser igual o inferior a 3 años de prisión.
- Fundamentos: la decisión debe basarse en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la pena privativa de libertad.
- Penas de multa o inhabilitación: no procederá este instituto.
- Potestad del juez o derecho del imputado: Será facultativo para el juez su otorgamiento, así lo establece el art. 26, sin embargo también podría interpretarse como un derecho del imputado en caso de cumplir los requisitos legales y el juez no brinde suficientes fundamentos para su rechazo. Que se trata de un instituto facultativo, no implica en su aplicación arbitrariedad, el magistrado debe brindar argumentos en caso de otorgamiento o denegación.

2.3.3. Condena como no pronunciada

El imputado no solo debe cumplir las reglas de conducta impuestas según el art. 27 bis, pudiendo el juez imponer uno, varias o todas las allí enumeradas, y hasta otras distintas, durante el plazo de 2 a 4 años, sobre todo no cometer nuevos delitos. En caso de cometer un nuevo delito, se exige una sentencia firme, el plazo para este supuesto es de 4 años desde la sentencia.

El artículo 27 bis reza: “Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos:

1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.
2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.

3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.
4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.
5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional.
6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.
7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado 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...”.

Ahora bien, en caso de incumplimiento de alguna regla, cuestión menor que a la comisión de un nuevo delito, el juez puede disponer que no se computó como cumplimiento total o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. De persistir el incumplimiento, podrá revocarse la condicionalidad de la pena.

Si el imputado comete un nuevo delito dentro de los 4 años, no solo deberá cumplir la pena suspendida, sino la que motivara su revocación, por aplicación del instituto de unificación de penas (arts. 27 y 58 C.P.). En cambio, si transcurrieron esos 4 años, pero no 8 o 10 –depende sean delitos culposos o dolosos-, la nueva condena será de efectivo cumplimiento, y al margen del nuevo delito, la anterior se tendrá por no pronunciada.

Unidad 2.4. Probation

2.4.1. Introducción

Es un instituto que se encuentra en el Código Penal (art. 76 y ss), fue incorporado en el año 1994 por la ley 24.316, a diferencia de la condenación condicional, aquí no hablamos de condena, sino de proceso y no guarda relación alguna con la finalización del mismo, sino justamente su suspensión.

Recordemos que la acción penal pública implica la persecución de oficio en la mayoría de los delitos y en todo el país (art. 71 C.P.), salvo los delitos dependientes de acción privada y los de acción privada propiamente dicha. Nuestro sistema penal incorpora algunas reglas de índole procesal, es decir que a pesar de constituir una materia sobre la cual las provincias no han delegado en la Nación la potestad de legislar (art. 75 inc. 12 “a contrario sensu” C.N.). Empero los códigos procesales provinciales han establecido algunas reglas para suspender el ejercicio de la acción penal, a través de reglas al principio de oportunidad, atenuando así aquél principio de oficialidad. Entonces, se trata de uno de los institutos que encontramos previsiones en la ley nacional y en las leyes locales, bajo la regla que la esta última no puede darse de bruces con la anterior.

El artículo 76 bis C.P., reza: “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 los 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 que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio a prueba 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”.

2.4.2. Requisitos

- Máximo de pena previsto: hasta 3 años de prisión, en caso de concurso ninguno exceda ese monto.
- Reparación de daño: el imputado deberá ofrecer dicha reparación, aunque en la medida de lo posible, ello no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. O sea, solo está orientada a la procedencia del instituto, la víctima puede buscar el resarcimiento en sede civil.
- Consentimiento del fiscal: el titular del Ministerio Público Fiscal debe prestar conformidad, aunque algunos fallos se apartan de su oposición en la medida en que no motivo y fundamente debidamente la negativa. Otras posiciones, entienden que resulta relevante pues se trata del titular de la acción penal y en el caso una decisión favorable implica su suspensión primero y su extinción después.
- Pena de multa: si estuviera prevista la pena de multa, en forma conjunta o alternativa, será condición que se pague el mínimo correspondiente.

2.4.3. Impedimentos

La ley establece que no será viable se trate de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y hubiese participado en el delito, o bien se trata de delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

2.4.4. Algunas aristas del instituto

Se ha interpretado en oportunamente que el monto de pena no mayor a 3 años era en abstracto, pero un pronunciamiento de la Corte Nacional entendió que se trata de la pena aplicable al caso concreto (tesis amplia, caso “Acosta” CSJN, fecha 23-04-2008). Allí se alude al principio político criminal que caracteriza al Derecho Penal como última ratio del ordenamiento jurídico, así como con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerda al ser humano frente al poder estatal.

Otro problema de interpretación se generó con el impedimento para acceder al instituto cuanto esté prevista la pena de inhabilitación. La Corte Nacional, siguiendo al caso “Acosta” la tesis amplia, sostuvo que en base a los mismos principios en el fallo “Norverto” (N.326XLV), resulta procedente el instituto para delitos reprimidos, también, con pena de inhabilitación, aunque en el caso

“Norverto” el delito implicado preveía la doble sanción de prisión e inhabilitación, la Corte decidió concederlo igualmente, sin hacer referencia siquiera a un posible ofrecimiento de autoinhabilitación o a la imposición de ese extremo como regla de conducta durante el plazo de la suspensión (García Lois, Adrián J., “La suspensión del juicio o proceso a prueba”, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, página 229 y ss.).

Asimismo, en alusión a la posibilidad de auto inhabilitación como mecanismo para evitar el impedimento y obtener similares efectos que una eventual condena, no es posible exigirla al encausado, pues no es una condición para la viabilidad del beneficio, cierto es que no constituye una exigencia legal, la "auto inhabilitación" no está prevista como una regla de conducta aplicable. La jurisprudencia es variada sobre el punto, no está dirimida la cuestión, aunque los precedentes antes expuestos de la Corte Federal, acerca de la aplicación de la tesis amplia, nos podrían dejar algún anticipo de lo que sería su interpretación sobre el punto. En suma, podría arriesgarse una interpretación, es decir, el hecho de que el delito imputado tenga prevista pena de inhabilitación no sería un obstáculo para la suspensión del proceso a prueba, a menos que la inhabilitación esté prevista como pena exclusiva. Véase que la pena de inhabilitación nada señala en cuanto a la gravedad concreta del hecho particular.

Referencias

Argibay Molina, J., Damianovich, L., Moras Mon, J. y Vergara, E. (1972). Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Ediar.

Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Baños, J. I., Buján, F., Iorio, C. V. y Grappasonno, N. (2017). Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires: Lajouane.

D’Alessio, J. A. (2011). *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*. Buenos Aires: La Ley. T. I, II, III.

Donna, E. A., (2019). Derecho Penal. Parte General. Santa Fe: Rubinzal Culzoni. T. I a VI.

- Fontán Balestra, C. (1966). Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. T. I.
- Grappasonno, N. (2006). Publicaciones en revista La Ley, Suplemento Penal y Procesal Penal.
- Hirsch, H. J. (2003). Derecho Penal. Obras Completas. Santa Fé: Rubinzal Culzoni. T. I, II, III, IV.
- Jakobs, G., Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Jiménez de Asúa, L. (1992). Tratado de Derecho penal. Buenos Aires: Losada.
- Jiménez de Asúa, L. (1990). Principios de derecho penal, la ley y el delito. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Lascano, C. (2002). Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio. Córdoba: Advocatus.
- Lascurain Sánchez, J. A. (2000). Sobre la retroactividad penal favorable. Civitas, Madrid.
- Muñoz Conde, F. (2005). El error en derecho penal. Santa Fé: Rubinzal Culzoni.
- Nuñez, R. C. (1964). Derecho penal argentino. Buenos Aires. T. I.
- Roxin, C. (1938). Derecho penal. Parte general. Civitas, Madrid, 2006, t. I.
- Rubianes, C. J. (1991). Código Penal: su interpretación jurisprudencial. Buenos Aires: De Palma. T. II.
- Silvestroni, M. H. (2004). Teoría Constitucional del delito. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Soler, S. (1951). Derecho penal argentino. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.