

RESPONSABILIDAD Y DISCURSO. A PROPÓSITO DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA REINCIDENCIA

Juan Rodrigo ZELAYA*

Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2019

Fecha de aprobación: 21 de abril de 2020

Resumen

Este trabajo ofrece una crítica de los criterios jurisprudenciales que defienden la posibilidad de declarar de oficio la reincidencia del condenado, e incluso la falta de necesidad de su declaración para que produzca efectos. Luego de exponer los argumentos que sostienen esas posiciones, se proponen tres argumentos críticos que permiten defender la necesidad de problematizar en juicio la reincidencia y de que sea declarada en la condena para que produzca efectos. Primero, desde una concepción interpersonal de la responsabilidad, se discute que la reincidencia sea un *estado de cosas* que existe más allá de su declaración, y se sostiene que es un concepto aplicable a través de un actuar institucional. Segundo, se critica que existan institutos de orden público aplicables independientemente de su problematización en juicio y se defiende —filosófica y constitucionalmente— la vigencia de un principio contradictorio fuerte. Finalmente, se disputa la imagen de la reincidencia como modalidad de ejecución de la pena y se propone concebirla como parte integrante de esta.

Palabras clave: reincidencia – responsabilidad – legitimidad – democracia deliberativa – principio contradictorio – principio acusatorio

Title: Responsibility and Discourse. On the ‘Ex Officio’ Declaration of Recidivism

* Abogado (Universidad de Mendoza). Master en Estado Global y Democracia Constitucional (Universidades de Génova y Girona). Doctorando en derecho (UBA). Adscripto a la cátedra de Derecho Penal Parte General (UNCuyo). Contacto: Juanzel@gmail.com. Agradezco especialmente a Sebastián Figueroa Rubio por la lectura y crítica, y a los dos árbitros anónimos por las sugerencias y apuntes formulados.

Abstract

This piece criticizes jurisprudential criteria favoring the possibility to plead the convict's recidivism by the court's own initiative, and even the needlessness of such declaration for recidivism to become effective. After setting out the arguments that support said stances, three crucial counterarguments are formulated to defend that recidivism must be discussed in court and must be declared when pronouncing a conviction for recidivism to become effective. Following a relational conception of responsibility, the article questions that recidivism be a state of affairs beyond its declaration, stating that it is a concept applicable through an institutional framework. Furthermore, this work challenges the fact that several public order institutes are applied regardless of being or not discussed in court, defending, both from a philosophical and constitutional point of view, a strong contradictory principle. Finally, the article disputes the idea of recidivism as a means to execute punishment, suggesting it should be considered an integral part of it instead.

Key words: recidivism – responsibility – legitimacy – deliberative democracy – contradictory principle – accusatory principle

Sumario. I. Introducción. Planteo del problema; II. La reincidencia en la jurisprudencia argentina; III. Los problemas del criterio cuestionado: democracia, discurso y defensa; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

I. Introducción. Planteo del problema

La reincidencia es uno de los institutos más discutidos en la literatura jurídico-penal. Consiste, en resumidas cuentas, en la provocación de algún tipo de intensificación de la reacción estatal penal sobre quienes, luego de haber recibido una condena y cumplido efectivamente una parte de la pena, son nuevamente condenados por un hecho cometido con posterioridad a la condena anterior.

Las condiciones para su declaración y las consecuencias sobre la persona a la que se le atribuye esa calidad varían según cada ordenamiento jurídico. No me detendré en tales aspectos, pues no pretendo analizar exegéticamente la legislación. Tampoco debatiré, por tentador que sea, sobre su

justificación moral —si es que es justificable—. ¹ El objeto de este trabajo es más humilde y concreto: problematizar un criterio jurisprudencial que, bajo la apariencia de ser una discusión sobre las condiciones para que la reincidencia produzca sus efectos, esconde un debate más profundo acerca de la naturaleza de la responsabilidad, la forma del derecho y la legitimidad de su puesta en práctica.

Luego de este apartado introductorio, el trabajo se estructura en dos partes. La primera (II) expondrá las posturas criticadas, una de las cuales ha sido recogida en el anteproyecto de Código Penal de 2019, sobre la naturaleza, declaración y producción de efectos de la reincidencia (II.1); luego se reconstruirán los tres argumentos que las sostienen (II.2). En la segunda parte del trabajo (III) se desandarà el camino trazado, se cuestionará cada uno de esos argumentos y se sostendrán tres ideas que los contradicen: la primera, desde una concepción interpersonal de la responsabilidad; la segunda, ofreciendo razones filosóficas para defender la importancia del principio contradictorio en una concepción discursiva del derecho; y la tercera, mediante la consideración de la reincidencia como un elemento que impacta en el propio concepto de la pena. El último punto del trabajo ofrecerá a modo de conclusión una tesis alternativa que aparece más compatible con los argumentos defendidos (IV).

La crítica que será desarrollada a lo largo de las páginas que siguen está dirigida hacia los argumentos que sostienen las tesis cuestionadas —lo cual no conlleva necesariamente la negación de esas tesis—. Dichos argumentos son empleados por los defensores de esas posturas indistintamente para defender una u otra. El paso que sigue será verificar si es posible seguir sosteniendo esas tesis con los argumentos que ofrezco. De tal manera, la crítica se estructura en los siguientes pasos: impugnar los argumentos que subyacen a las tesis (A) y (B), ofrecer argumentos propios que los contradicen, verificar si estos nuevos argumentos son compatibles con tales tesis y de no ser así, formular una tesis alternativa a ambas.

II. La reincidencia en la jurisprudencia argentina

1. Reincidente sin declaración. Declaración sin acusación

¹ Sobre las diversas variantes de justificación de la reincidencia, en la jurisprudencia de la CSJN: Fallos: 337:637 y “Álvarez Ordóñez, Rafael Luis”, del 5 de febrero de 2013, voto en disidencia del ministro ZAFFARONI, considerandos 9.º a 14.º. En la doctrina, entre muchos otros, PALERMO, “Reincidencia, injusto y culpabilidad”, en MALDONADO FUENTES (Coord.), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2016.

El Código Penal argentino (en adelante, CP) regula el instituto de la reincidencia en su artículo 50. Según este, la reincidencia tiene lugar cuando una persona que ha cumplido total o parcialmente una pena privativa de la libertad comete un nuevo delito reprimido con esa modalidad de pena.

Desde hace años, en la jurisprudencia argentina se discute acerca de la naturaleza, forma y efectos del instituto de la reincidencia. En este contexto, se destacan dos tesis que, si bien tienen un impacto diferente sobre el proceso penal, merecen ser analizadas en conjunto porque están apoyadas en los mismos argumentos.

La primera sostiene que, una vez reunidas las condiciones del artículo 50, CP, el juez está habilitado —y obligado— a declarar de oficio la reincidencia, aun cuando no exista acusación que lo requiera. La segunda afirma que la reincidencia opera automáticamente, aun sin esa declaración. Estas tesis pueden ser formuladas en forma resumida del siguiente modo: (A) *la reincidencia puede —y debe— ser declarada de oficio por el juez cuando se encuentren reunidas las condiciones de hecho previstas normativamente para su procedencia, aun cuando no medie acusación fiscal en tal sentido ni se haya debatido en el juicio la posibilidad de dictarla;* y (B) *aun sin pronunciamiento judicial que declare reincidente a la persona condenada, si ella cumple con las condiciones de procedencia del instituto estará sujeta a los efectos previstos para la reincidencia en el Código Penal.*

Esbozo a continuación algunos de los efectos prácticos de estas posiciones. Si uno toma (B) como válida, debería aceptar que quien no fue declarado reincidente en la sentencia condenatoria se vea privado de acceder a los beneficios que prevé el régimen de progresividad de la pena. Asumir (A), por su parte, implica asumir igualmente que es posible que un juez o una jueza condene como reincidente a la persona enjuiciada, sin que ella haya podido manifestarse al respecto en el debate. También conlleva, p. ej., la posibilidad de que el juez o la jueza agregue la declaración de reincidencia a un acuerdo de juicio abreviado en el que expresamente ha sido excluida.

Han asumido las tesis (A) y (B) la Cámara Federal de Casación Penal², la Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires³, el Procurador General de la Nación⁴, la Suprema Corte de Justicia de

² CFCP, Sala I, causa 17.450, “Aguilera Moreno”, 17/10/2013, disponible en eDial.com - AA847B.

³ TCPBA, en pleno, causa 77.660, “M.L., M.A.”, 2/9/2017, La Ley Online AR/JUR/67780/2017.

⁴ Procuración General de la Nación, S.C.C. 434, L.XLIII, “C., Jorge Nelson s/ causa 7403”.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

Mendoza⁵, la Cámara en lo Criminal y Correccional de la CABA⁶ y la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.⁷ La Corte Federal ha asumido la tesis (B), pero no se ha pronunciado en torno a la posibilidad de declarar de oficio la reincidencia.⁸

El anteproyecto de reforma del CP redactado por la comisión nombrada por el decreto n.º 103/2017 ha recogido, sin explicar las razones en la exposición de motivos del art. 50, la tesis (B). En este sentido, su artículo 50 agrega un párrafo a la redacción original que dispone que “*la reincidencia producirá efectos desde que adquiriese firmeza la condena por el nuevo delito*”.

2. Estado de cosas, orden público y ejecución penal

En lo que sigue de este punto II, me dedicaré a reconstruir las ideas sobre las cuales se apoyan las tesis cuestionadas. Recién en el punto III las revisaré críticamente. Son tres los argumentos que, indistintamente, se emplean para sostener tanto la tesis (A) como la tesis (B): el argumento del *estado de cosas*, del *orden público* y de la *ejecución penal*.

a. La reincidencia como estado

La primera vía de justificación de las tesis (A) y (B) ha sido la que considera a la reincidencia un *estado de cosas*. Según esta, la reincidencia constituye “*una situación de hecho, un estado que no requiere más que la comprobación de los extremos exigidos por el art. 50, CP*”;⁹ “*un estado que se adquiere [y], como tal, precede a su declaración formal por parte del órgano jurisdiccional*”, que solo reconoce un estado preexistente;¹⁰ “*un estado previsto en la ley sustantiva de manera objetiva cuya operatividad es de aplicación obligatoria para los jueces, indisponible para las partes e inmodificable mediante la legislación procesal*”;¹¹ “*un estado que se aplica de pleno derecho a partir de la verificación de los extremos legales previstos en el art. 50,*

⁵ SCJM, Sala II, L.S. 321-042, L.S. 398-179, L.S. 399-118, L.S. 407-010 y L.S. 466-018, dictadas en las causas “Pollaro Álvarez”, “Pedot Olivera”, “Martínez Gutiérrez”, “Guzmán Saavedra” y “Reyes Fredes” respectivamente.

⁶ CCCBA, plenario n.º 113, “Talaran, Raúl”, 5/3/1990.

⁷ CNCCC, Sala I, causa “CCC 13397/2012/TO2/CNC1 - CNC2”, 20/02/2018; y CNCCC, Sala I, causa “CCC 12608/2015/TO1/5/CNC1”, 13/07/2016.

⁸ CSJN, “Aquino, Fernando José”, 22/5/2018, La Ley Online AR/JUR/47583/2018.

⁹ SCJM, Sala 2, causa 13-041880197-9/1, “Salas Fernández”, 16/8/2018, voto del juez VALERIO. Aquí se toma posición a favor de la tesis (A), aunque se cita a modo de argumento de autoridad la tesis (B), sin quedar del todo claro cuál es el posicionamiento concreto.

¹⁰ TCPBA, *supra* nota 3, tercer párrafo del voto del juez ORDOQUII.

¹¹ TCPBA, *supra* nota 3, séptimo párrafo del voto del juez CELESTIA

CP”;¹²; y “*un aditamento que acompaña a la persona que la ha merecido, [...] un estado que se da en la realidad fenoménica, por lo que un sujeto no deja de ser reincidente porque el juez no lo diga así en la sentencia*”.¹³

Es importante insistir aquí en la distinción entre la tesis y el argumento capaz de sostenerla. Lo expuesto en el párrafo anterior constituye un argumento referido a la naturaleza del instituto de la reincidencia, que en sede judicial es empleado para defender indistintamente tanto la tesis (A) como la tesis (B). Así, se ha echado mano del argumento de la reincidencia como estado para decir que “*el juez, en principio, no tiene obligación de referirse a la reincidencia. Si nada dijeran las partes en el acuerdo de juicio abreviado y nada dijera el juez en su fallo, igualmente, en tanto el condenado reuniese las condiciones del art. 50, CP en su eventual pedido de libertad condicional ante el juez de ejecución debería rechazarse, justamente, por su carácter de reincidente*”.¹⁴ En otros términos, ese estado no se adquiere por declaración judicial sino automáticamente (tesis B).

No obstante, partiendo de la premisa de que “*la reincidencia es una situación jurídica del reo*”, y su existencia solo depende la comprobación de los requisitos del CP, su declaración de oficio “*no significa que el a quo haya sobrepasado de manera ilegal el acuerdo de juicio abreviado. [A]l pronunciarse sobre dicho aspecto, el tribunal ha declarado una circunstancia —reincidencia— que en definitiva está sujeta a la constatación de los presupuestos que la constituyen y puede ser declarada en la sentencia de condena o incluso con posterioridad*”¹⁵ (tesis A). En definitiva, el argumento explicitado por esta jurisprudencia consiste en que la reincidencia es un *estado*. Cuando se refiere a *estado*, se lo usa en el sentido de *dato, cualidad, carácter*. Sencillamente, es un hecho del mundo. Esta conclusión conduce a sus defensores a afirmar o bien que el juez que declara reincidente al condenado solo reconoce una situación preexistente, y por ende es innecesario que el representante de la acusación formule específicamente una acusación al respecto para habilitar la facultad jurisdiccional de actuar (tesis A); o bien que la reincidencia opera en sus consecuencias jurídicas desde el momento en que el imputado ejecutó el delito, y por ende la declaración judicial de reincidencia es una mera cuestión que tiende a aportar mayor certeza jurídica, pero el instituto, al ser un *estado*, produce sus efectos aún sin aquella (tesis B).

b. La reincidencia como instituto de orden público

¹² TCPBA, *supra* nota 3, octavo párrafo del voto del juez CELESTIA.

¹³ TPCBA, *supra* nota 3, tercer párrafo del voto del juez KOHAN.

¹⁴ TPCBA, *supra* nota 3, primero y segundo párrafos del voto del juez MANCINI.

¹⁵ CFCP, *supra* nota 2, segundo párrafo del punto III del voto del juez GEMIGNANI.

Este argumento sostiene que la reincidencia es un instituto de orden público, creado por imperio del art. 75, inc. 12, Constitución Nacional y que por ende no puede no ser aplicado por regulaciones locales de los códigos de procedimiento.¹⁶ Para quienes lo defienden, habilitar esa posibilidad rompería el ámbito de autonomía que el constituyente asignó a las provincias en el art. 121 CN.¹⁷

Al igual que ocurre al analizar los votos que sostienen la idea de reincidencia como estado, aquí tampoco queda claro que esta posición pueda sostener en particular una de las dos tesis en cuestión, sino que se la usa indistintamente para ambas. Así, hay quienes usan este argumento para sostener la tesis (A),¹⁸ mientras que otros lo hacen en relación con la tesis (B).¹⁹

c. La reincidencia como modalidad de la ejecución penal

Este argumento, como el título lo indica, sostiene que la declaración de reincidencia produce sus efectos en el ámbito de la ejecución penal y que, por ende, no forma parte de la pena. En términos prácticos, esta idea es utilizada para defender la compatibilidad de las tesis (A) y (B) con el principio acusatorio.²⁰

En el caso de la primera, porque permite sostener que, cuando la declaración de reincidencia se produce sin acusación fiscal ese principio queda resguardado en tanto el juez o la jueza no estaría imponiendo una pena más alta que la solicitada, dado que la reincidencia no formaría parte de la pena. En este sentido, si la reincidencia no forma parte del pedido de pena del fiscal en el juicio —ya sea solicitado en un alegato o integrado en un acuerdo de juicio abreviado—, el tribunal no se encuentra limitado por el principio acusatorio —que impide al juez condenar por una pena más gravosa que la solicitada por el fiscal— para declararla. Así han opinado la Cámara Federal de

¹⁶ TCPBA, *supra* nota 3, quinto párrafo del voto del juez ORDOQUI, y primer párrafo del voto del juez NATIELLO, entre otros.

¹⁷ TCPBA, *supra* nota 3, sexto párrafo del voto del juez ORDOQUI.

¹⁸ TCPBA, *supra* nota 3, tercer párrafo del voto del juez VIOLINI.

¹⁹ TCPBA, *supra* nota 3, décimo párrafo del voto del juez CELESIA.

²⁰ CSJN, “Tarifeño” (AR/JUR/437/1989) y “Amodio” (Fallos: 330:2658), disidencia de los ministros ZAFFARONI y LORENZETTI.

Casación Penal, en el ya citado fallo “Aguilera”,²¹ y la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.²²

En el caso de la tesis (B), la propia CSJN ha seguido el camino de justificar, bajo la idea de concebir a la reincidencia como un aspecto de la ejecución penal, que es innecesario declarar la reincidencia en el momento de la condena. En particular, en los casos “Mayo”²³ y “Aquino”,²⁴ el tribunal no había declarado la reincidencia pero, en el momento en que el imputado reclamó acceder a la libertad condicional, el beneficio le fue rechazado por ser considerado reincidente. La CSJN, en abierta asunción de la tesis (B) sostuvo que, por tratarse de un instituto de la ejecución penal, no era necesario que la reincidencia se declarase en la sentencia de condena, sino que se trataba de un aspecto a evaluar al momento de solicitar la libertad condicional.

III. Los problemas del criterio cuestionado: democracia, discurso y defensa

Las tesis (A) y (B), cuyos pilares argumentales aquí son objeto de estudio, ponen sobre el tapete una discusión que puede reconocerse en tres planos de análisis. En primer lugar, en torno a la naturaleza de la responsabilidad penal; en segundo lugar, acerca de la relevancia de los procedimientos para la puesta en marcha del actuar jurídico-penal; y en tercer lugar, acerca del concepto de pena.

Los tres apartados que siguen profundizan cada uno de esos aspectos.

1. Responsabilizar como reincidente

A mi parecer, justificar la aplicación de la reincidencia sin declaración o su declaración de oficio apelando a la idea de que es un *estado de cosas* es inadecuado por varias razones, desde la incompletitud del argumento hasta su inconsistencia sustancial.

a. La incompletitud del argumento

²¹ CFCP, *supra* nota 2.

²² CNCCC, *supra* nota 7.

²³ CSJN, causa M. 25, L.º XLIX, “Mayo”, 21/4/2015.

²⁴ CSJN, *supra* nota 8.

El argumento de la reincidencia como estado presenta el inconveniente de no transparentar muchas de las premisas de las que parte: ¿Cómo distinguir los *estados* en el derecho? ¿A qué tipo de institutos se opone? ¿Qué condiciones debe reunir para serlo? ¿Cuáles son las consecuencias de ser un estado? ¿Qué otros institutos, además de la reincidencia, pueden ser considerados *estados*?

Este punto ha sido destacado por el voto disidente del juez Carral en el plenario de casación bonaerense, cuestionando que los votos mayoritarios no ofrecen una conceptualización que permita conocer de qué se trata cuando hablamos de *estado*. En esa crítica, el juez Carral explora las lagunas que existen en las consecuencias que se le asignan, como es el hecho de que no se explica cuál es la razón por la que estos *estados* no deberían estar sujetos al contradictorio.²⁵

b. La paradoja de la reincidencia como estado

La defensa de la idea de reincidencia como estado no puede escapar a la posibilidad de caer en una paradoja de difícil solución.

Desde ese lugar se sostiene que, si la reincidencia es un *estado* —es decir, un hecho, algo que existe en la realidad— que solo debe ser verificado y que precede a la declaración de reincidencia, no es necesario que sea sometida a las reglas del contradictorio (tesis A) o que, incluso, sea declarada en la sentencia (tesis B).

Ahora bien, ese *estado* o *hecho* depende para su existencia de ciertas circunstancias previstas por la norma: una condena previa, un cumplimiento parcial de la pena de prisión y un nuevo delito posterior a esta. Si la reincidencia es un hecho, esos tres elementos que la constituyen también lo son; entre estos, la condena anterior.

Y es aquí donde aparece la paradoja. Si un delito previo depende de una sentencia que así lo declare, entonces una sentencia condenatoria es constitutiva de lo que es un delito. Pero entonces, si una sentencia condenatoria constituye el sentido de delito de una acción, ¿qué tiene de diferente la reincidencia que hace que esta se constituya como tal antes de la sentencia? En pocas palabras, existe una contradicción en el hecho de tomar la primera sentencia condenatoria como *constitutiva* de un estado de cosas, es decir, de un *hecho*, y tomar la segunda sentencia condenatoria con un sentido *declarativo* de algo preexistente. Es decir, en el transcurrir argumentativo de la defensa de

²⁵ TPCBA, *supra* nota 3, décimo párrafo del voto del juez CARRAL.

la reincidencia como estado se han seleccionado dos premisas contradictorias e incompatibles: que la sentencia condenatoria es constitutiva de un hecho (en el caso de la primera condena) y declarativa de otro (en el caso de la segunda).

En síntesis, reconocer que la reincidencia es un *estado* preexistente a la sentencia resulta incompatible con reconocer que el delito resulta de esta. O bien la postura asumida es paradójica, y por ende incorrecta, o bien no se hace cargo de todas las consecuencias que implica. Y por ello, tampoco puede ser defendida.

c. La cuestión central: El actuar jurídico y una concepción interpersonal de la responsabilidad

Cuando se alude a la reincidencia como *estado*, se habla de esta como un *hecho*, como un sustrato ontológico, como una realidad fenoménica. Sus defensores hablan de algo que preexiste a la declaración, que *está allí* con independencia de lo que diga un juez. Así como decimos que, con independencia de la mirada del observador, hay hielo cuando se produce la solidificación del agua producto del frío, para esta tesis existe reincidencia cuando una persona que ha cumplido parcialmente una pena es nuevamente condenada, independientemente de cómo funcionen las instituciones jurídicas a la hora de analizar ese supuesto. Para algunos, es indiferente que el juez la declare (tesis B). Para otros, es necesario que lo haga pero es indiferente que exista una acusación que así lo requiera (tesis A). Existe en el mundo desde la segunda condena. Todo lo demás es indiferente.

En lo que sigue de este trabajo, cuestionaré la idea de que la reincidencia es un estado de cosas en el mundo y, por el contrario, sostendré que es un concepto jurídico, una atribución de significado a un estado de cosas. A diferencia de quienes entienden que la reincidencia es una cualidad del autor, que se incorpora a su forma de ser desde que recae la segunda condena, creo que la declaración de reincidencia forma parte del modo en que una comunidad responsabiliza a un ciudadano por defraudar expectativas de comportamiento colectivamente generadas a través del proceso democrático. La reincidencia, entonces, no es un rasgo del autor, sino del acto que lo responsabiliza como tal. Para explicar mejor esto, necesito retroceder algún paso y contrastar dos maneras de entender la responsabilidad que están tras esta distinción.

FIGUEROA RUBIO contrapone dos concepciones de la responsabilidad: una intrapersonal, centrada en el agente, y otra interpersonal, centrada en la práctica.²⁶ Mientras la primera es la forma tradicional en que se ha entendido la responsabilidad, la concepción interpersonal aparece desarrollada en el ámbito de la filosofía jurídica y moral²⁷ y ha adquirido relevancia en el ámbito de la filosofía analítica a partir de STRAWSON,²⁸ y en la literatura penal en la obra de autores como DUFF²⁹ o PAWLIK.³⁰

La concepción tradicional entiende a la responsabilidad como un *sustrato* intrínseco a los sujetos con libre albedrío, que nace de las capacidades del agente. Es un hecho que aparece como dato del ser de una persona libre y, como hecho que es, es independiente del juicio de atribución de responsabilidad. En este esquema existe responsabilidad sin acto que la atribuya. El juicio de responsabilidad es aquí una *declaración*, susceptible de corrección o incorrección según se adecue o no a ese hecho externo que debe ser verificado bajo condiciones objetivas. Ser responsable, bajo este prisma, es prioritario respecto de la idea de responsabilizar.³¹

Cuando se habla de la reincidencia como estado esta mirada se ve clara: el delincuente es reincidente independientemente de lo que ocurra en un juicio. Por ello, el juez debe declararlo de ese modo aunque no exista acusación, e incluso es innecesario que lo declare. La reincidencia está allí, aunque nadie la vea, como las cosas del mundo que existen aunque aún no sean descubiertas. Y el hecho de que la persona sea o no responsabilizada como tal en el juicio respectivo no impacta en su carácter de tal.

Una concepción interpersonal, en cambio, entiende que la responsabilidad no es un hecho sino una práctica, un *actuar*. En la vida en sociedad existen elementos irreductiblemente interpersonales, que no preexisten sino que son el producto de esta. Unos de estos son las actitudes reactivas, que tienen que ver con el modo en que modificamos nuestra mirada de las cosas y de las personas a partir

²⁶ FIGUEROA RUBIO, “Ser responsable y responsabilizar. El concepto de responsabilidad extracontractual entre concepciones dispares”, en PEREIRA FREDES (ed.), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Rubicón, 2019.

²⁷ FIGUEROA RUBIO, “Reconocimiento y asimetría en la constitución de deberes y responsabilidad”, en *El paradigma del reconocimiento en la ética contemporánea*, Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.

²⁸ STRAWSON. *Freedom and resentment and other essays*, Routledge, 2008.

²⁹ Entre otros, pero específicamente, DUFF, *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad* (traducción de Horacio Pons), Buenos Aires, Siglo XXI, 2015. Esta idea se encuentra profundizada en DUFF, “Responsibility, citizenship and criminal law”, en DUFF Y GREEN, *Philosophical foundations of criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

³⁰ PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Baden-Baden, Nomos, 2017.

³¹ FIGUEROA RUBIO, *supra* nota 20.

de nuestra interacción con ellas. Según esta concepción, las actitudes reactivas están en el corazón de nuestras prácticas de atribución de responsabilidad.³² Cuando decimos que alguien es responsable, es porque alguien le ha atribuido ese carácter, es por ello que no existe responsabilidad antes del correspondiente juicio que la atribuya.

Esto puede ilustrarse con casos de la vida cotidiana. Si yo falto al cumpleaños de mi mejor amigo sin ofrecer una excusa razonable, una concepción intrapersonal diría que *soy —o no— responsable* por esa actitud. Una concepción interpersonal, en cambio, diría que mi amigo está en condiciones de responsabilizarme por defraudar nuestro vínculo, pero yo no seré responsable hasta que él no me atribuya esa condición. Él puede entender que lo he defraudado, que he deshonrado nuestro vínculo, y por ello decide modificar el modo en que se relaciona conmigo. Esa modificación en el vínculo es la responsabilidad, como objeto que depende del juicio de mi amigo. También puede considerar que nuestro vínculo no era tan fuerte, y que la no asistencia a su cumpleaños no defrauda ninguna expectativa. O bien que sí lo era pero que mi ausencia injustificada no es una falta demasiado relevante, pues soy un gran amigo en otros aspectos. O bien podría entender que es mi forma de ser y, como amigo que es, la respeta y acepta. No existe una reacción *correcta* de mi amigo ante ese hecho, sino solo posibles reacciones que resultarán de un diálogo moral entablado entre él y yo. Este ejemplo puede generar un hilo casi infinito de posibles reacciones de mi amigo, de consideraciones más sobre esa reacción, e incluso de nuevas reacciones de mi parte frente a su reacción. Pero para lo que aquí pretendo demostrar, alcanza con decir que la responsabilidad es un concepto que depende de un actuar, y que no puede existir ni materializarse sin este.

En los procesos institucionales, esto es más complejo, pues toma relevancia el procedimiento a través del cual se forma el juicio y el sujeto habilitado a hacerlo. Pero en lo que estamos discutiendo, no hace falta profundizar demasiado en esos aspectos. Es suficiente destacar que, desde una mirada interpersonal, debe existir un juicio que atribuya la responsabilidad y que este no tiene una función *declarativa* sino *constitutiva* del status responsable. En ese acto de responsabilizar intervienen discursivamente el sujeto responsable y el sujeto ante el cual se es responsable, respecto de un objeto generador de la responsabilidad. Por ello, la responsabilidad no es una condición que liga a un agente con un hecho de manera binaria (bajo la ecuación "sujeto responsable-objeto de la responsabilidad"), sino una relación práctica en la que intervienen el sujeto responsable, el objeto por el cual se lo pretende responsabilizar y el sujeto ante el cual se es responsable (en terminología de DUFF, ser

³² FIGUEROA RUBIO, *supra* nota 26.

responsable es ser responsable de X ante A).³³ Esta estructuración de la responsabilidad penal hace ingresar en el juego al sujeto que responsabiliza y, así, obliga a abandonar la idea de que el agente es responsable por el hecho (“B es responsable por X”) y a asumir que él es responsable por un hecho ante otro agente (“B es responsable por X ante C”).

Por ello, no se trata de que las personas *sean* reincidentes, víctimas, delincuentes, autores o partícipes, sino que *se les atribuye* el carácter de tal. Desde esta perspectiva, el delincuente no es tal desde el hecho, independientemente de cómo se lo juzgue, así como tampoco alguien puede ser *ontológicamente* autor o partícipe de un ilícito. Se trata de conceptos jurídicos que se aplican sobre un estado de cosas para atribuirles un determinado significado. Tales conceptos no son entes que se auto-activan cuando acaecen en el mundo determinadas circunstancias, sino que entran en juego a partir de un actuar. Cuando asignamos responsabilidad penal —como autor o coautor, como reincidente o como delincuente primario— actuamos reactivamente frente a un suceso con relevancia pública: un hecho con significado de delito. Antes de ese juicio de atribución de responsabilidad, no existen más que circunstancias fácticas en condiciones de ser significadas, pero no responsabilidad propiamente dicho. En este contexto, el art. 50, CP no establece cuándo una persona *es* —en un sentido ontológico— reincidente, sino *cuándo ha reunido las condiciones que habilitan a un sujeto (la comunidad) a atribuirle tal carácter*. Por ello, la reincidencia no es un *estado* que se adquiere desde el momento en que recibe la segunda condena, sino una actividad a través de la cual se reacciona ante un sujeto —a través de la declaración de reincidencia— por haber infringido no solo el mandato de comportamiento contenido en la norma primaria, sino además otro mandato de comportamiento contenido en la sentencia condenatoria —“no delincas nuevamente”—.

A modo de conclusión: *La reincidencia es un concepto jurídico susceptible de ser aplicado, bajo determinadas condiciones, a un estado de cosas para producir efectos jurídicos determinados. Cuando decimos que una persona es reincidente, decimos que ella ha sido responsabilizada como tal luego de que se ha transitado un procedimiento institucional dirigido a ello, no que ella es reincidente como un dato de su ser.*

Cabe formular una aclaración en torno a esta conclusión. Negar que la reincidencia sea un estado de cosas no conduce por sí solo a negar las dos tesis que se cuestionan, sino a revertir uno de los argumentos que las sostienen. Por mi parte, creo que sostener el argumento de que la reincidencia es un concepto jurídico, y como tal capaz de ser puesto en marcha solo a través del

³³ DUFF, *supra* nota 29.

actuar institucional que es el proceso penal, conduce a la negación de lo que aquí se ha denominado tesis (B), es decir, que debe ser declarada en la sentencia. Sin embargo, nada aporta —por sí solo— a la negación de la tesis (A). Para ello, es necesario abordar los otros dos argumentos que fueron descritos. Entonces, el párrafo esbozado en bastardilla a modo de conclusión debe completarse de la siguiente forma: *Por ello, es esencial la declaración del sujeto como reincidente para que la norma que regula el instituto produzca sus efectos.*

2. Relevancia del principio contradictorio en la constitución del *status responsable*

Tampoco el argumento según el cual la reincidencia es un instituto de naturaleza sustancial y de orden público, indisponible por las partes del proceso, es una forma viable de defender las tesis (A) y (B). Ante todo, porque también aquí estamos ante un argumento incompleto. Pero esencialmente, porque entra en tensión con el principio contradictorio, que exige respeto tanto desde el punto de vista constitucional como filosófico. En lo que sigue, profundizo estos aspectos.

a. La incompletitud del argumento

Ninguno de los votos que aluden a la existencia de un interés público particular en el instituto de la reincidencia como motivo para hacerlo prevalecer sobre principios procesales con jerarquía constitucional justifican cómo llegan a esa conclusión. No mencionan cómo distinguir estos institutos de orden público, cómo diferenciarlos de otros, ni por qué están exentos de los límites procesales a la aplicación del derecho penal.

En primer lugar, la distinción entre *normas disponibles* e *institutos de orden público* parece más cercana a la terminología que se maneja en derecho privado que a la del derecho penal. Mientras en el primero el Estado deja en manos de los particulares la definición de las reglas que rigen una relación interpersonal, en el segundo las normas son constituidas principalmente por el Estado. Más allá de la ampliación de derechos que se viene reconociendo a la víctima en el proceso penal en los últimos años, prácticamente no existe discusión en doctrina respecto del carácter público del conflicto penal, de la naturaleza pública del castigo y, por ende, de la impronta publicista que adquiere el proceso penal. Por ello, las normas penales son, por regla, *de orden público*. Desde esta perspectiva, ninguno de los defensores de este argumento explica qué institutos del derecho penal no serían de orden público y por qué, o al menos cuál es la fuente legal o dogmática que permite distinguir *normas de orden público* y *normas disponibles* en una rama del derecho que, en esencia, *administra conflictos públicos*.

En segundo término, aun si se justificara la distinción, deberíamos explicar la consecuencia jurídica de estos institutos *de orden público*. Dicho con otros términos, para una subcategoría que diferencie normas disponibles e indisponibles deberíamos explicar cuál es ese interés especial que protege el instituto, de tal relevancia que justifique su aplicación por fuera de un proceso institucional, y qué lo diferencia de otros institutos (como la pena, por ejemplo) que requieren una canalización procedimental para su imposición.³⁴

En tercer lugar, aun respondiendo los dos interrogantes anteriores, a esa propuesta le seguiría faltando una última explicación respecto de las razones por las cuáles la materia penal goza de un mayor peso —en cuanto a interés público— que la materia procesal —si es que es posible mantener una tajante separación entre ambas—. No se dice cuál es la razón por la que normas que también son de naturaleza pública —como las procesales— son disponibles y deben ser dejadas de lado frente a institutos sustanciales como la reincidencia. Más aún cuando existen en tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) normas que consagran derechos procesales (p. ej., y entre muchísimos otros, el art. 8.2, CADH), con mayor jerarquía normativa que el art. 50, CP.

Esto demuestra que estamos nuevamente ante un argumento incompleto. En lo que sigue se profundizará en los problemas de fondo que padece, especialmente en las tensiones que genera esta tesis con principios procesales con sustento constitucional.

b. La vigencia del principio contradictorio y su aporte a la legitimidad de la decisión

La postura según la cual la reincidencia es un instituto de orden público que debe ser necesariamente aplicado por el juez cuando se reúnen los recaudos del art. 50, CP, más allá de que exista una acusación fiscal en ese sentido o que haya podido ser discutida en juicio (tesis A), se enfrenta al insoslayable conflicto de darse de bruces con el principio contradictorio. Según este, cualquier aspecto sobre el cual se pronuncie una decisión jurisdiccional debe haber pasado por el tamiz de un debate institucionalmente ligado, en el cual las partes hayan problematizado el asunto y ejercido los derechos que el procedimiento les asigna para defender su posición.

³⁴ Si bien no es objeto de este trabajo, la discusión sobre la relación entre el derecho sustancial y el proceso penal se encuentra adecuadamente abordada en LANGER, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona”, en BOVINO y MAIER (comps.), *El juicio abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, p. 97-136.

No existen dudas de que la postura cuestionada genera tensiones con el principio contradictorio. Cuando el juez se pronuncia sobre un aspecto que no ha sido discutido en el juicio respectivo, rompe con su exigencia fundamental. La cuestión que debemos contestar es si, efectivamente, el contradictorio debe ceder ante una serie de institutos especialmente relevantes para el interés general, o si, por el contrario, ningún instituto puede ser aplicado sin pasar por ese tamiz. Entre medio de estas dos soluciones extremas, existe una infinidad de posibilidades intermedias más cercanas a una u otra respuesta absoluta. Por mi parte, desarrollaré una serie de motivos por los que creo que la solución se encuentra más cercana a la segunda de las propuestas dadas. Para ello, mencionaré dos tipos de argumentos: uno constitucional y otro filosófico.

i. Razones constitucionales para defender el principio contradictorio

La postura que se critica, como he adelantado, no es unánime en la jurisprudencia. Otro sector exige que la reincidencia no solo sea declarada en juicio sino, además, que se encuentre contenida en la acusación fiscal y haya existido la posibilidad de discutirla en el juicio. Esta jurisprudencia apoya su posición en la vigencia del principio contradictorio y a su vez justifica este principio en términos de derecho constitucional positivo.

En la CFCP, la jueza LEDESMA ha tomado posición en este sentido. Según ella, “*es nula la sentencia que declaró la reincidencia sin que el punto haya sido materia de debate por las partes*”, pues el principio de contradicción es un presupuesto de existencia del proceso, y el hecho de que en un acuerdo de juicio abreviado no se haya discutido la reincidencia del condenado impide que se lo condene como reincidente sin afectarle el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 75, inc. 22, CN, 8.1 y 8.2, CADH, 14.1, PIDCyP y 10, DUDH, entre otros).³⁵ Esa postura ha sido sostenida igualmente por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal³⁶ y por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.³⁷ En este último caso, el juez JANTUS sostuvo que la declaración de oficio de la reincidencia supone una decisión unilateral que no se ajusta a las garantías del sistema acusatorio de enjuiciamiento, y el juez MAHIQUES que la declaración de reincidencia de

³⁵ CFCP, Sala III, causa “Yamamoto”, 26/11/2007, voto de la jueza LEDESMA. El juez RIGGI, si bien compartió la solución, defendió la tesis (A), a favor de la reincidencia como estado y como instituto de orden público.

³⁶ CFCP, causa “Añez Vaca”, Sala IV, 13.422, 11/09/12.

³⁷ CNCCC, *supra* nota 7. El primer fallo, en voto de la jueza GARRIGÓS DE RÉBORI, y el segundo en voto del juez BRUZZONE; CNCCC, causa “A., F. s/ recurso de casación”, 29/08/2016, voto de los jueces JANTÚS y MAHIQUES.

oficio coloca a la defensa en una situación desfavorable, pues se la priva de argumentar en el caso sobre cuestiones fácticas y jurídicas que necesariamente deben ser discutidas por las partes.

Por último, el plenario bonaerense contó con dos votos disidentes que apoyaron esta visión. Para el juez CARRAL, la declaración de oficio afecta el sistema acusatorio y la vigencia del debido proceso, pues degrada las garantías de imparcialidad del juzgador y de la defensa en juicio. Así, consideró que *“cuando los jueces ingresamos en cuestiones sobre las que no hemos sido llamados a decidir [...] estamos arrogándonos un rol de parte, afectando con ello la imparcialidad, eje del debido proceso”*.³⁸ Por ello, si la acusación no solicita la declaración de reincidencia y el juez suple esa omisión, afecta los principios de igualdad de armas, iniciativa probatoria y defensa en juicio. El juez MAIDANA, a su vez, si bien defendió la indisponibilidad del instituto por razones de orden público, consideró que esa declaración debe respetar la separación de las funciones de acusar y juzgar, y por ende el juez solo puede resolver sobre un asunto si antes la defensa ha podido expresarse libremente sobre cada extremo de la imputación.³⁹

El principio contradictorio ha sido reconocido jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como parte integrante de las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso. Según esta, *“toda situación de hecho o de derecho que pueda alterar o empeorar la condición del enjuiciado por afectación de derechos o garantías constitucionales [...] debe necesariamente merecer debate, contradicción y decisión expresa del juez o tribunal que dicta la sentencia definitiva”*.⁴⁰ Si el contradictorio es, así, un principio constitucionalmente reconocido, a pesar de que la reincidencia sea considerada un instituto de orden público, no deja de ser una norma de derecho común contenida en el Código Penal (art. 75, inc. 12, CN) que cede en su fuerza normativa ante principios procesales constitucionalmente garantizados (arts. 31 y 75, inc. 22, CN).

Los principios que derivan del sistema acusatorio no son una mera *“concepción dogmática”*⁴¹, sino un imperativo normativo asumido constitucionalmente, que sirve como pauta orientativa de las normas de derecho procesal y como condición de posibilidad para la aplicación del derecho penal. El sistema acusatorio de enjuiciamiento no se impone por encontrarse previsto en la Constitución, sino porque es el que asegura en mejor medida las garantías que la carta magna reconoce:

³⁸ TPCBA, *supra* nota 3, quinto párrafo del voto del juez CARRAL.

³⁹ TPCBA, *supra* nota 3, duodécimo párrafo del voto del juez MAIDANA.

⁴⁰ CSJN, “Guía, Oscar A.”, 19/3/96, voto en disidencia de los ministros FAYT y BOGGIANO.

⁴¹ TPCBA, *supra* nota 3, decimocuarto párrafo del voto del juez CELESIA.

imparcialidad del juzgador, separación de funciones de acusar y juzgar y la concepción del acusado como sujeto de derecho.

A partir de lo dicho, creo que existe un primer motivo para dar al principio contradictorio un rol preponderante en la constitución del significado del hecho. Ese motivo es de derecho positivo: se trata de un principio constitucionalmente asumido que, enfrentado a una norma de derecho común, por más interés público que en esta exista, debe prevalecer. Así, desde esta perspectiva, la reincidencia, para ser atribuida a un sujeto, debe haber sido problematizada en un juicio y haberse brindado la posibilidad al acusado de resistir esa acusación.

ii. Razones filosóficas: Una concepción discursiva del derecho

Los argumentos expuestos en el apartado que antecede son, sin duda, poderosos como interpretación del derecho vigente. Efectivamente, el hecho de que nuestra Constitución Nacional haya optado por la adopción de un sistema de enjuiciamiento acusatorio es una razón de peso para asumir un principio contradictorio estricto. No obstante, aquí pretendo ensayar otra vía de justificación. Este trabajo intenta transparentar que tras los argumentos que sostienen la defensa de las tesis (A) y (B) se esconde una visión monolítica del derecho, que sitúa al juez en una injustificada posición de superioridad frente a las partes para el acceso a una única respuesta correcta en la interpretación de la norma. Aquí se la contrapondrá a una visión discursiva del derecho, que apoya la idea de seguridad jurídica y legitimidad del derecho en el procedimiento que conduce a la decisión y no en la decisión misma. Desde ese punto de vista, el principio contradictorio asume un rol fundamental en la constitución de la legitimidad de la decisión y en la garantía de imparcialidad en la formación del juicio.

La perspectiva monolítica que se critica se corresponde con la mirada del derecho que ofrece DWORKIN. A partir de su distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos,⁴² él entiende que el ordenamiento jurídico ofrece herramientas para que un juez —al cual llama Hércules, dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas—⁴³ reconstruya el derecho vigente y alcance *la* respuesta correcta para el caso. La existencia de este Hércules supone estar en presencia de un ordenamiento jurídico compuesto por principios coherentes y con

⁴² DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2017 [1984], p. 148.

⁴³ DWORKIN, *supra* nota 42, p. 177.

soluciones previstas para todos los casos, que ponen al juez en la tarea de *descubrir* cuál es la respuesta adecuada.

A esta teoría se le han criticado varios aspectos. No abordaré aquí la valiosa crítica según la cual DWORKIN recurre a idealizaciones injustificadas en torno a la figura del juez, sino más bien aquella que impugna su teoría por partir de la base de una auto-comprensión normativa de los órdenes del Estado de derecho.⁴⁴ En sencillos términos, se le critica la errónea suposición de que el ordenamiento jurídico ofrece respuestas correctas para todos los casos que puedan presentarse en la realidad. Esta suposición se ve intensificada aún más en aquellas normas, como la del art. 50, CP, en que la indeterminación semántica del lenguaje empleado por el enunciado normativo es menor, pues reduce el espacio interpretativo que queda librado al operador jurídico para dar sentido al texto normativo.

Cuando los votos citados indican que la reincidencia, como instituto de orden público, debe ser aplicada independientemente de que sea solicitada y discutida, presuponen que la norma se encuentra ya completa desde su formulación abstracta, y que de esta es posible obtener todas las soluciones posibles. En ese esquema, el juez es la persona idónea para interpretar la norma y acceder a la solución correcta. Por ello, restan importancia a lo que pueda surgir de una discusión en torno a su aplicación. Lo que esta postura desconoce es que el enunciado normativo es incapaz de aprehender todas las situaciones de hecho que puedan acaecer en la realidad, pues por más preciso que sea, al canalizarse a través del lenguaje, no tendrá vida autónoma hasta tanto una actividad humana lo ponga en marcha, le dé sentido y lo aplique. Así, la norma estará siempre incompleta hasta tanto se lleve adelante un discurso de aplicación en el que los supuestos de hecho abstractos previstos en el enunciado normativo sean dirigidos a aplicarse a un supuesto de hecho concreto.

Esto lo menciona expresamente HABERMAS en su crítica a DWORKIN, mediante el recurso a la distinción que formula GÜNTHER entre discursos de fundamentación y aplicación. Según él, el discurso de fundamentación es el que se lleva a cabo en el proceso de creación de una norma, que si bien garantiza una justificación imparcial, es insuficiente por sí sola para habilitar una aplicación imparcial. Para ello se requiere, además, un discurso de aplicación que llene los huecos que quedaron en ese proceso, que ponga nuevamente en juego diversas visiones y comprensiones —

⁴⁴ HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (traducción de Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 6.ª ed., 2010 [1992], p. 286.

igualmente válidas— del mundo, pero de un modo diferente al que se produce en los discursos de fundamentación. En nuestro asunto particular, el contradictorio tiene una trascendental relevancia para garantizar que la decisión tenga a su disposición los diferentes puntos de vista de cada una de las partes interesadas, tanto respecto de la norma aplicable como de las condiciones de validez de esa norma. HABERMAS destaca que en los discursos de aplicación de normas se afecta la comprensión que de sí y del mundo tienen los participantes, y se hace de un modo distinto al que ocurre en los discursos de fundamentación. Mientras estos se dirigen a los intereses de todos los potenciales afectados, aquellos relegan estos a un segundo plano y se dirigen específicamente a los intereses de las partes directamente implicadas.⁴⁵

La crítica de HABERMAS a la visión de DWORKIN apunta a que crea un *paradigma cerrado* del derecho, que se auto estabiliza a través de monopolios profesionales o jurisprudencialmente institucionalizados de interpretación, en el que el juez posee un privilegio de conocimiento que asegura, en sustitución y representación de sus ciudadanos, la integridad de la comunidad jurídica. Una comprensión discursiva del derecho, en cambio, considera que si —con DWORKIN— se asume que el derecho cumple una función socio-integradora, esta solo podrá ser satisfecha a través del mecanismo de la acción comunicativa, en el que todos los participantes puedan asumir las perspectivas de los demás. Por ello, la interpretación del derecho debe estar abierta a los participantes y no cerrada en la personalidad de un juez que se distinga por su virtud y por su privilegiado acceso a la verdad.⁴⁶

Desde esta mirada discursiva, la aceptabilidad racional de las sentencias judiciales no depende solo de la calidad de los argumentos sino, además, de la estructura del proceso de argumentación. Esta idea se apoya en un concepto fuerte de racionalidad procedimental, según el cual las propiedades que son constitutivas de la validez de un juicio no solo han de buscarse en la dimensión lógico-semántica de la estructura de los argumentos y del enlace de enunciados, sino también en la dimensión pragmática del proceso de fundamentación mismo.⁴⁷ Por ello, la *rectitud* del juicio no implica correspondencia con la verdad, sino aceptabilidad racional. En consecuencia, si bien la validez del juicio se mide por la satisfacción de sus condiciones de validez, esa satisfacción no se

⁴⁵ HABERMAS, *supra* nota 44, p. 300.

⁴⁶ HABERMAS, *supra* nota 44, p. 294.

⁴⁷ HABERMAS, *supra* nota 44, p. 297.

decide recurriendo directamente a evidencias empíricas o a hechos ya dados, sino que se esclarece discursivamente, justo por la vía de una justificación efectuada argumentativamente.⁴⁸

Estas consideraciones explican cuál es la razón de ser del contradictorio en el proceso penal, y por qué es una condición de aplicación del derecho. No se trata únicamente de una oportunidad procesal del acusado de resistir la imputación fáctica que se le formula —es decir, de negar el suceso del mundo con el cual se lo pretende vincular o de controlar los elementos que probarán la existencia de ese suceso— sino que, además, es el momento con que este cuenta para contribuir a la aplicación imparcial del derecho, por medio de ofrecer al decisor —sea un juez o un jurado— argumentos acerca de la imputación jurídica que se le formula.

Mientras la defensa de un sistema hermético supone que allí el acusado no tiene nada que hacer, pues la norma ya tiene un sentido completo previamente dado, cuyo descubrimiento le corresponde al juez, una concepción discursiva dirá que el contenido de la norma se completa a través de ese procedimiento dialógico que significa el contradictorio, materialización del derecho a ser oído. Habilitar al juez a declarar reincidente al imputado sin que este tenga la posibilidad de defenderse de esa acusación implica dar por supuesto que el principal afectado por la decisión no tiene nada para aportar, que él no puede ofrecer nuevos puntos de vista sobre la legitimidad o el alcance del instituto que se discute. Simplemente, se lo transforma de sujeto a objeto del proceso.

La asunción de aquel modelo monolítico del derecho se observa especialmente en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del principio de congruencia entre la acusación y la sentencia.⁴⁹ Más allá de las diferencias de contenido entre los principios de congruencia y contradictorio, ambos responden a la misma idea, que es resaltar la importancia que posee la participación de los afectados en la construcción de la decisión. Ambos representan limitaciones de contenido para el juez que apuntan a garantizar la imparcialidad en su decisión como presupuesto de legitimidad. Tan es así que una interpretación amplia del principio contradictorio suele ir acompañada de un fortalecimiento del principio de congruencia. Según la Corte Suprema, el principio de congruencia significa que la sentencia no puede condenar por *hechos* no contenidos en la acusación, de modo que resulte sorpresiva para la persona acusada. De acuerdo con esta línea doctrinal, solo los hechos se encuentran alcanzados por el principio de congruencia,⁵⁰ mientras que

⁴⁸ HABERMAS, *supra* nota 44, p. 298.

⁴⁹ Un detallado análisis en MAIER, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Buenos Aires, Del Puerto, 2012, p. 568 y ss.

⁵⁰ CSJN, Fallos: 247:202 y 302:482, entre otros.

la construcción jurídica del significado normativo del suceso es una actividad esencialmente jurisdiccional, en la que el protagonista principal es el juez técnico. Sencillamente, para nuestra Corte Suprema, el límite que para la jurisdicción representa la acusación solo alcanza a los hechos, a los cuales el juez o la jueza puede asignar el significado que le parezca, sin atender a los argumentos de las partes y con indiferencia respecto de la posibilidad que hayan tenido de discutirlo y problematizarlo en el debate.

Contra ese modelo monolítico, debe decirse que la decisión jurisdiccional —en este caso, la declaración de reincidencia— no puede medirse solo a partir de su corrección, es decir, de la adecuación de su contenido a lo que pueda ser una respuesta plausible del ordenamiento jurídico, sino además a partir de su legitimidad. Esta legitimidad puede ser de dos tipos. Por un lado, la legitimidad que a la interpretación del derecho le otorga la práctica de un discurso racional mantenido entre todos los potenciales afectados por una decisión y, por otro, la legitimidad que requiere todo discurso de aplicación del derecho en cuanto a que la decisión sea requerida por, al menos, alguno de los afectados. Por ello, cuando la reincidencia no ha sido discutida en el debate, la declaración de oficio padece de un déficit del primer tipo de legitimidad. En tanto que cuando no ha sido solicitada por el acusador —sea público o privado—, padece de la legitimidad del segundo tipo.

En definitiva, la postura del apartado II.2. relativiza el valor del proceso penal como constituyente del significado de un hecho y como mecanismo que permite poner en funcionamiento el derecho de fondo, y lo reduce a un simple medio verificador de hechos. El contradictorio se justifica filosóficamente porque no solo permite al imputado resistir la imputación fáctica, sino también contribuir a la aplicación imparcial del derecho, a través de ofrecer argumentos sobre la imputación jurídica, lo que genera la racionalidad discursiva que necesita toda decisión para presentarse legítimamente frente a los afectados. Una concepción discursiva del derecho defiende la presencia de un principio contradictorio fuerte, que garantice que toda decisión —como la que declara reincidente al acusado— sea el producto de un discurso racional mantenido entre todos los potenciales afectados por la decisión, y que sea requerida por, al menos, alguno de ellos.

Cuando la reincidencia se declara de oficio, en cambio, el juez da por supuesto que el principal afectado por la decisión no tiene nada para aportar en la interpretación del derecho y, así, no se puede presentar legítimamente frente a sus destinatarios. Por ello, esa alternativa debe ser rechazada.

3. La reincidencia como parte de la pena

En la jurisprudencia de la CSJN, desde “Tarifeño”⁵¹ se sostiene la vigencia del principio acusatorio en materia penal. Esa doctrina ha sido desarrollada con posterioridad en la disidencia de los ministros Zaffaroni y Lorenzetti en el fallo “Amodio”⁵² y receptada tanto en la jurisprudencia de los tribunales inferiores⁵³ como en los códigos de procedimientos de las provincias (art. 420, CPP-Mendoza y 399, CPP-PBA, entre otros). Según la disidencia de “Amodio”, el principio acusatorio y los subprincipios que de este derivan impiden que el tribunal imponga una pena superior a la solicitada por el fiscal.⁵⁴

La discusión en torno a la declaración de oficio de la reincidencia nos impone preguntarnos si el juez que condena como reincidente al acusado cuando el fiscal no lo ha solicitado no está aplicando una pena más gravosa que la solicitada. Esto puede ocurrir tanto en un juicio oral y público como en un juicio abreviado. El tema ha sido sometido a decisión de la CSJN en “Aquino”. Allí se consideró adecuada la decisión de un tribunal oral de considerar reincidente a una persona condenada que, sin sentencia que le atribuyera esa calidad, reunía los requisitos del art. 50, CP. En los fundamentos del dictamen del Procurador General de la Nación, al cual se remitió la Corte Suprema, se indica que la reincidencia es un instituto que hace a la ejecución penal y que, por ende, no es parte integrante del concepto de pena. De esa manera la declaración de reincidente sin una acusación que así lo requiera no violaría el principio acusatorio, en tanto no supondría la imposición de una pena más grave que la solicitada por la acusación. Aquí pretendo cuestionar esa hipótesis bajo la tesis de que la reincidencia es una cualidad agravante de la pena, por lo que la no-acusación como reincidente configura una limitación para el juzgador, quien no puede ir más allá de la pretensión fiscal, por razones derivadas de la vigencia del principio acusatorio.⁵⁵

Este aspecto de la discusión nos sitúa en el ámbito del debate sobre la función del derecho penal y la pena. La mayoría de las teorías contemporáneas sobre la explicación y justificación del castigo reconocen que este está compuesto por un aspecto simbólico y otro descriptivo. Tanto la teoría

⁵¹ CSJN, *supra* nota 20.

⁵² CSJN, *supra* nota 20.

⁵³ TSSL, causa “G., E. A. - av. homicidio calificado”, 19/10/2016.

⁵⁴ CSJN, *supra* nota 20, considerando 16.º de la disidencia de los ministros ZAFFARONI y LORENZETTI.

⁵⁵ CSJN, *supra* nota 8, punto II del dictamen del procurador ante la Corte Suprema, que esta hizo suyo.

preventivo general de JAKOBS⁵⁶ como la teoría retributiva de PAWLIK⁵⁷ encuentran en la pena la función positiva de marginalizar la negación que representa el delito respecto del orden social, es decir, su confirmación. Ambos, a su vez, enfatizan la necesidad de que esa marginación sea *real*, es decir, que tenga una dimensión cognitiva. Otros, como PÉREZ BARBERÁ⁵⁸ y KINDHÄUSER⁵⁹, discuten acerca del rol que le corresponde al *dolor penal* dentro de la teoría de la justificación de la pena. Sin embargo, ambos aceptan que implica, en sí, algún tipo de mal impuesto al condenado. MAÑALICH⁶⁰, por el contrario, asume la crítica de FEINBERG a las teorías tradicionales de la pena y traslada al centro de la discusión el aspecto simbólico de la pena: la desaprobación respecto del comportamiento previo del autor. Finalmente, DUFF encuentra en el dolor penal una forma adecuada de expresión de censura al infractor, a la vez que sirve para persuadirlo moralmente de la incorrección de su conducta y de lograr su arrepentimiento y reconciliación con la víctima y la comunidad.⁶¹

Independientemente del rol que le asignemos a cada uno de esos elementos, parece claro que la pena supone, al menos, desaprobación e irrogación de un mal. La reincidencia, en cuanto tal, también implica una intensificación del dolor penal y un fortalecimiento del acto de desaprobación. La restricción de derechos que trae aparejada la condena penal se ve modificada con la declaración de reincidencia: desaparecen, además, los derechos a la condicionalidad de las penas cortas y a los beneficios del régimen de progresividad de la pena. Simbólicamente, la declaración de reincidencia también representa un reproche penal más enfático que aquel que se formula respecto del delincuente primario. Con la condena al reincidente se le comunica que su delito desestabiliza la norma en mayor medida que el delito de aquel que no ha recibido un reproche jurídico penal anterior.

En consecuencia, tanto en su aspecto expresivo como en su aspecto descriptivo, la pena se ve modificada con la declaración del carácter de reincidente. De tal manera, el concepto de pena no solo se compone de la faz cuantitativa (años de prisión, monto económico, tiempo de

⁵⁶ JAKOBS, *La pena estatal. Significado y finalidad* (traducción de CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 2006.

⁵⁷ PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016.

⁵⁸ PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, en InDret, 2014, n.º 4.

⁵⁹ KINDHÄUSER, “Personalidad, culpabilidad y retribución”, en KINDHÄUSER Y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires, B de F, 2011.

⁶⁰ MAÑALICH, “Retribucionismo expresivo”, en KINDHÄUSER Y MAÑALICH, *supra* nota 59.

⁶¹ DUFF, *“Punishment, communication and community”*. Oxford. Oxford University Press, 2001.

inhabilitación), sino también de otros factores cualitativos que representan variaciones en las dimensiones descriptiva y simbólica de la pena. Lo que existe tras estas afirmaciones es la idea de que ya no es posible justificar una distinción fuerte entre el concepto de pena y su ejecución, como si se tratase de aspectos que no se influyen recíprocamente. El modo en que una pena es efectivamente impuesta debe ser considerado a la hora de medir su magnitud. Parece razonable sostener que la imposición de tres años de prisión efectiva es *mayor pena* que la imposición de tres años de cumplimiento condicional. Lo mismo ocurre con la reincidencia. Es mayor pena la condena a tres años de prisión como reincidente que aquella que no lo declara tal.

Una línea similar de pensamiento es desarrollada por en la disidencia del fallo antes citado de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en el que se indicó que “*la declaración de reincidencia en contra del imputado, que no formó parte de los extremos tratados en el acuerdo de juicio abreviado, constituye una pena más grave, dada la forma de cumplimiento a que el imputado habrá de ser sometido*”.⁶²

Sobre esta base, creo que si se toma en serio el principio acusatorio —como lo hace la disidencia en el caso Amodio y muchas legislaciones provinciales como las antes citadas—, y se acepta que el tribunal no puede imponer una pena más severa que la solicitada por el fiscal, cuando quien decide incorpora la declaración de reincidencia a la sentencia sin haber sido adecuadamente solicitada, rompe con la exigencia de ese principio. Ello por la pura y sencilla razón de que la pena no está compuesta únicamente por el dato cuantitativo de la cantidad de años de prisión o de inhabilitación, sino por las condiciones en que habrá de ser cumplida. En tanto la reincidencia afecta esas condiciones, supone una forma de agravamiento de la pena. Por ende, dicta una sentencia que excede el límite de sus facultades.

IV. Conclusiones

Contra lo sostenido en lo que aquí se ha denominado tesis (B), concluyo que la reincidencia no produce sus efectos automáticamente, sino que debe ser declarada en la sentencia condenatoria; y contra el contenido de la que he llamado tesis (A), sostengo que esa declaración solo será legítima si ha sido requerida por la acusación y si ha existido posibilidad de que las partes discutieran el asunto

⁶² CNCCC, *supra* nota 7, segundo párrafo del voto disidente de la jueza GARRIGÓS DE RÉBORI.

en juicio. Esta conclusión es el camino de llegada al que conduce la crítica de los argumentos del *estado de cosas*, del *orden público* y de la *reincidencia como parte de la ejecución penal*:

a. El argumento según el cual la reincidencia es un estado es incompleto en su formulación, desconoce la incapacidad de las normas de regular su propia aplicación, la dependencia de estas de un procedimiento institucional que las materialice y la naturaleza interpersonal de la responsabilidad jurídica. Desde una mirada de este tipo, puede decirse que la reincidencia no es un *estado* que se adquiere automáticamente, sino una actividad a través de la cual se reacciona ante un sujeto por haber infringido la norma de comportamiento que le ordenaba no cometer nuevos delitos. Y, como toda actividad que canaliza una voluntad colectiva, necesita de un proceso institucional a través del cual materializarse. Ese procedimiento tiene reglas y esas reglas no pueden ceder ante una sustancia que no le preexiste, sino que es su resultado.

b. El argumento que habilita la declaración de oficio y que sostiene que es innecesaria la declaración de reincidencia, apoyado en el carácter de orden público del instituto, tampoco es adecuado, pues se opone a las exigencias del principio contradictorio, que aquí se ha defendido tanto con razones de derecho positivo como desde una mirada discursiva del derecho.

c. El argumento según el cual la reincidencia es un instituto propio de la ejecución penal también es desacertado. Debe entenderse que la reincidencia, en tanto implica una intensificación del reproche penal contenido en el castigo y una ampliación de los derechos de los que priva la pena privativa de la libertad, afecta tanto el aspecto simbólico como fáctico de la pena. Por ello, debe considerarse un aspecto que hace al propio concepto de pena. Como tal, se encuentra alcanzado por los límites del principio acusatorio.

d. En definitiva, la reincidencia es un concepto jurídico que solo puede ser puesto en marcha a través de un proceso institucional que garantice iguales derechos de participación de los afectados. Por ende, no genera efectos jurídicos hasta tanto no haya sido declarada expresamente, luego de una acusación privada o pública que así lo requiera, y luego de haberse respetado los principios que exige el sistema de enjuiciamiento acusatorio, especialmente, los principios de congruencia, contradictorio y acusatorio.

V. Bibliografía

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 10 (2020).

DUFF, Antony, *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad* (traducción de Horacio Pons), Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

—, “Responsibility, citizenship and criminal law”, en DUFF Y GREEN, *Philosophical foundations of criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

—, “Punishment, communication and community”, Oxford, Oxford University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2017 [1984].

FIGUEROA RUBIO, Sebastián. “Ser responsable y responsabilizar. El concepto de responsabilidad extracontractual entre concepciones dispares”, en PEREIRA FREDES (ed.), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Rubicón, 2019.

—, “Reconocimiento y asimetría en la constitución de deberes y responsabilidad”, en *El paradigma del reconocimiento en la ética contemporánea*, Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2012.

MAÑALICH, Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo”, en KINDHÄUSER y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires, B de F, 2011.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (traducción de Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 6.ª ed., 2010 [1992].

JAKOBS, Günther, *La pena estatal. Significado y finalidad* (traducción de CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 2006.

KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución”, en KINDHÄUSER y MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires, B de F, 2011.

LANGER, Máximo, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona”, en BOVINO y MAIER (comps.), *El juicio abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, p. 97-136.

PALERMO, Omar, “Reincidencia, injusto y culpabilidad”, en MALDONADO FUENTES (coord.), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2016.

PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016.

—, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Baden-Baden, Nomos, 2017.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, en *InDret*, n.º 4, 2014.

STRAWSON, Peter, *Freedom and resentment and other essays*, Routledge, 2008.