

Análisis de los fundamentos dogmáticos históricos del instituto de la reincidencia y su influencia en los pronunciamientos jurisprudenciales más resonantes de nuestros tribunales

Sebastián Galleano¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- La reincidencia en nuestro código penal; III.- Requisitos que habilitan la declaración de reincidencia en nuestro ordenamiento; IV.- Consecuencias de la declaración de reincidencia en el análisis sistemático del instituto; V.- Principales fundamentaciones dogmáticas del instituto a través del tiempo; VI.- Principales fallos jurisprudenciales de nuestro país vinculados al instituto de la reincidencia; VII.- Conclusión; VIII.- Bibliografía

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina UCA, Especialista en Derecho Penal egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario UNR, Adscripto en la materia Derecho Penal 1 y en la materia Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario UNR - contacto: sebastiangalleano.sg@gmail.com.

RESUMEN: El tema desarrollado en el presente trabajo es de suma importancia, en virtud de que el instituto de la reincidencia se encuentra vigente en nuestra legislación, y su aplicación colisiona con los principios más importantes de nuestra materia provocando regresiones de corte peligrosista propias de un derecho penal de autor incompatible con un derecho penal de acto que exige un sistema democrático de derecho acorde a nuestros días. En el presente trabajo se comenzará analizando algunas cuestiones muy generales del instituto, como sus requisitos de aplicación, para avanzar después en algunas cuestiones más problemáticas, como el análisis sistemático del instituto y los efectos de su aplicación. Luego se realiza un análisis de las distintas posiciones que fundamentan la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del régimen de la reincidencia en nuestra legislación, o por lo menos de las consecuencias gravosas para el sujeto que padece la declaración de reincidente, más específicamente para ello se analizan anteriormente los fundamentos dogmáticos históricos del instituto como los intentos de justificar la razón de ser del mismo a lo largo de la historia y para culminar el análisis, se pasa revista por los pronunciamientos jurisprudenciales más resonantes de nuestro país con respecto al instituto, lo que intenta brindar un panorama de la interpretación de nuestros más altos tribunales respecto de esas posiciones doctrinales que fundamentan la constitucionalidad o no de la reincidencia y la esencia de la misma.

PALABRAS CLAVE: Acto – autor - bien jurídico – culpabilidad – Gramajo – injusto – multirreincidencia – peligrosismo – positivismo - reincidencia – socialización

“Las razones que pueden invocarse en un estado de derecho para privar legítimamente a un ciudadano de su libertad son pocas y han de estar sujetas al cumplimiento de estrictos requisitos” (voto de Petracchi en Gramajo).-

I.- Introducción

Hay países o legislaciones que no regulan la reincidencia ya que consideran que su regulación lesiona principios constitucionales, como Alemania, en la que fue eliminada por una reforma legal. Claus Roxin, al comentar la derogación en la legislación alemana, destacaba que el precepto que agrava la pena por reincidencia, pese a los esfuerzos por darle una fundamentación distinta, solo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción en la vida y por

tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho. De esta manera el célebre autor alemán, refería que el instituto no era compatible con un derecho penal de acto, sino que respondía a un derecho penal de autor.

Siguiendo esta línea de pensamiento Zaffaroni, Alagia y Slokar, en sentido similar a Righi, refieren que se encuentra afectada la garantía del bis in ídem, ya que el plus penal de la nueva condena deriva de tomar en cuenta nuevamente el delito ya juzgado, criterio que no comparte Carrió, quien reconoce que si bien es una materia opinable, señala que tomar en cuenta una condena anterior para determinar la modalidad de cumplimiento de la pena actual no equivale a volver a juzgar el hecho precedente y en definitiva se inclina por aceptar que el legislador imponga condiciones más severas al reincidente, con un propósito disuasorio, destacando que la explicación al tratamiento más grave hay que buscarla en la propia conducta del interesado.

Además de las consideraciones de estos referentes de nuestra materia, se ha señalado que al aceptar esta instrumentación de la reincidencia se consagra una categoría de individuos, los reincidentes, como merecedores de sanciones más rigurosas que otros que hubieran cometido idénticos hechos, lo que no sería compatible con un derecho penal de acto sino más bien con el llamado derecho penal de autor y afectaría gravemente la igualdad de los penados.

En la doctrina nacional, como se menciona, la mayoría de los autores se inclinan por la inconstitucionalidad, Maier centra su crítica en la afectación del principio de culpabilidad, destacando que los efectos de la reincidencia son expresión de un derecho penal de autor; también Magariños destaca precisamente su incompatibilidad con la garantía constitucional del derecho penal de acto, consagrada en el art 19 de la CN y en sentido similar Capparelli dice que su consagración legal atenta contra el derecho penal de acto, los principios de igualdad y culpabilidad, el respeto a la dignidad del ser humano y el non bis in ídem; finalmente Vitale, añade que la reincidencia violenta el principio de inocencia, pues importa la presunción iure et de iure de peligrosidad y aclara que esta última no puede sostener legítimamente ningún intento de aumentar la pena.²

² D'aleccio, Andrés J. (Dir.), *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p.565 y ss.

Las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales mayoritarias y la propia legislación le asignan a este régimen consecuencias más gravosas para la persona declarada reincidente, en algunos casos se prevé la declaración de reincidencia como una circunstancia para merituar la pena dentro de la escala flexible de un mínimo y un máximo, dentro de esta concepción algunos autores la consideran como una circunstancia que permite agravar el delito por el cual se condena dentro de esa escala y por otro lado, una posición minoritaria, la considera como una pauta de mensuración general que puede llevar a atenuar la pena del delito que ha cometido el reiterante y por el cual se lo declaró reincidente.

Tratándose de casos o supuestos en donde se establecen disposiciones que prevén una agravación específica de la pena para el reincidente o que prevén limitaciones a determinados beneficios durante la ejecución de la pena, como la imposibilidad de acceder al beneficio de la libertad condicional (art 14 CP), supuesto que evidentemente es una agravación de la pena, ya que si bien está referida a la ejecución, nadie puede decir seriamente que cumplir una pena preso no sea más grave que cumplirla en libertad, se está agravando una pena por un delito ya juzgado y por una pena ya sufrida, el plus punitivo superior al mínimo nada tiene que ver con el segundo delito, sino que es una pena por el primero, en palabras de Zaffaroni: nadie pudo jamás levantar esta objeción³ y como en cualquier caso que se proyecta sobre las consecuencias jurídicas del delito, como en cualquier tema vinculado al delito, el análisis de la ley y del sistema legal debe hacerse en función de los principios constitucionales que condicionan la interpretación de la ley y la elaboración de una construcción conceptual para poder interpretar el sistema de la reincidencia.

Por ello, los principios que están en juego se vinculan a los principios constitucionales que tienen que ver con la pena y con las consecuencias gravosas del castigo estatal por la comisión de un delito. Es por todo esto, que si la reincidencia implica una consecuencia gravosa, hay que confrontar la regulación legal de ella con el principio de racionalidad y de humanidad de las penas, con el principio de proporcionalidad de las penas, con el principio de personalidad e intrascendencia de la pena, con el principio de intangibilidad de la persona humana y con el principio de culpabilidad, que tiene varias funciones pero una de las más importantes es de limitar la punibilidad.

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructura Básica del Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2020, p. 265

Finalmente, cabe destacar un principio también decisivo a la hora de analizar los principios que contrastan con la reincidencia, que es el principio del *ne bis in idem*, la prohibición de doble castigo por un mismo hecho, lo que no requiere una estricta duplicidad aritmética en la sanción sino que este principio se ve afectado cuando una sanción va más allá de lo que estrictamente corresponde, es decir, cuando un delito recibe una sanción no proporcional al injusto. Estos son los principios constitucionales que vamos a tener en cuenta a la hora de evaluar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del sistema de reincidencia en nuestro derecho pasando por un análisis de los requisitos básicos para la aplicación del instituto, los fundamentos dogmáticos y los fallos más importantes al respecto.

II.- La reincidencia en nuestro código penal

La reincidencia es una forma de reiteración del delito, es decir que la reiteración es el género y la reincidencia la especie. Es reincidente, el reiterante que comete un nuevo delito después de una sentencia definitiva. Reincidencia proviene de la expresión *recidiva* que significa *recaída* en el delito, la reincidencia en términos más técnicos, es una especie de reiteración delictiva.

En el mundo real, existen diversos supuestos donde a un mismo sujeto se le pueden atribuir el haber cometido varios delitos, estos distintos supuestos pueden plantear distintas modalidades pero tienen un elemento común, que es el título de reiteración delictiva por repetición de delitos por una misma persona, pero dicho título es el género y dentro de ese género hay distintas especies y entre las especies está el concurso real de delitos y la reincidencia o eventualmente la *multirreincidencia*.

En el concurso de delitos, los varios hechos independientes que se atribuyen a un mismo autor, concurren todos en un mismo proceso y si no pueden ser juzgados en un mismo proceso, ya sea porque tienen competencia o jurisdicción diferente o por la razón que fuere, estos varios hechos independientes sobre los cuales no ha recaído en ninguno de ellos una sentencia condenatoria firme, eventualmente pueden dar lugar a un supuesto de unificación de condenas. Pero estos hechos, son todos hechos en concurso real o material de delitos, de modo que si tengo dos o tres hechos que fueron juzgados por un tribunal y otro hecho que fue juzgado por otro tribunal, eventualmente, el juez que dicte la última

sentencia deberá proceder a unificar esa sentencia, a unificar las condenas y a dictar una pena única.⁴

En cambio, en la reincidencia la situación es distinta, porque sobre alguno de los hechos ha recaído una sentencia condenatoria firme y el sujeto ha cumplido parcial o totalmente la pena y ese hecho ya no integra el concurso sino que precisamente da lugar a la declaración de reincidente. Analizar la naturaleza de la reincidencia en abstracto no es factible, puesto que cada legislación tiene su propio sistema. Las hipótesis que consagra nuestra legislación son dos: la reincidencia simple (art 50 CP) y la multirreincidencia calificada (art 52, 1er párrafo CP).

En todas estas reiteraciones de delitos, sean o no reincidencias, la ley impone un aumento de la pena. Esta consecuencia, sin embargo, no obedece a cualquier delito reiterado en esas hipótesis, sino únicamente a los de penas privativas de la libertad, la rigidez de las agravaciones revela claramente que la ley mira más hacia el delito que hacía el autor.⁵

El régimen de la reincidencia, fue introducido por la ley 23.057, la ley de defensa de la democracia, una reforma muy importante del año 1984, plena época de la recuperación de la racionalidad en la República Argentina después del terrorismo de Estado. El gobierno del Dr. Alfonsín, sancionó rápidamente la ley 23.054 ratificando el Pacto de San José de Costa Rica, dispuso el enjuiciamiento al terrorismo de estado, modificaciones al Código de Justicia Militar y sancionó una reforma al sistema de la condenación condicional y al sistema de la reincidencia a través de la ley 23.057.⁶

La reforma, fue muy importante porque el régimen anterior a ella preveía un sistema más gravoso e inconstitucional sin ninguna duda, más allá de que la discusión de la inconstitucionalidad aún se mantiene, era un sistema que consagraba una reincidencia ficta, o sea que se declaraba la reincidencia cuando alguien cometía un delito y tenía una condena anterior previa, alcanzaba con que hubiera una sentencia de condena. Esto llevaba prácticamente a consagrar un verdadero estado de reincidencia, una suerte de estado imprescriptible del sujeto

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p 677 y ss.

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, ob cit, p 733 y ss.

⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, ob cit, p 774 y ss.

reincidente, porque una persona que cometía un delito a los 21 años y era condenado, luego cometía un delito al año y volvía ser condenado, era reincidente de por vida, si a los 78 años cometía otro delito, seguía cargando con la condición de reincidente, se lo iba a declarar reincidente por segunda vez.⁷

La reforma de la ley 23.057, terminó con esta cuestión, no sólo que terminó con el estado o con la imprescriptibilidad del estado de reincidente, sino que además reemplazó el sistema de reincidencia en el Código Penal Argentino, dispuso la prescriptibilidad de la condición de reincidente y suprimió completamente la agravación específica prevista en el artículo 51, y en su lugar reguló algo que se mantiene hasta el día de la fecha que es la caducidad de los registros penales y la prohibición de informar antecedentes favorables o desfavorables bajo ciertas condiciones y dentro de un lapso determinado.

III.- Requisitos que habilitan la declaración de reincidencia en nuestro ordenamiento

Art. 50 del CP: *Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.*

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.

La existencia de requisitos positivos y negativos son los que habilitan la eventual declaración de reincidencia en el sistema legal previsto en el Código Penal Argentino.

Requisitos positivos

⁷ Erbetta, Daniel A, *Clase de Fundamentos del Derecho Penal*. Posgrado de Especialización de Derecho Penal. UNR. Rosario, año 2019.

Que se verifique una situación de reidad, entendida como la circunstancia que no se relaciona estrictamente con el tema de los antecedentes sino con la circunstancia de que el sujeto haya cometido un delito con anterioridad, dentro de esta situación de reidad, la ley penal argentina exige que una persona haya sido condenada por sentencia firme a una pena privativa de la libertad, que esa sentencia haya sido por un delito común, que ese hecho que habilita la condena haya sido cometido por una persona mayor a 18 años de edad y que si se trata de una condena sufrida en el extranjero que lo haya sido por un delito que conforme a la ley argentina pueda haber dado lugar a la extradición.⁸

También exige que el sujeto que ha sido condenado por sentencia firme y por un delito común haya cumplido total o parcialmente la pena impuesta en esa sentencia de condena, esta es una exigencia que se introdujo con la reforma de la ley 23.057 y que implica pasar de un sistema de reincidencia ficta a un sistema de reincidencia real, porque no alcanza con una sentencia condenatoria firme sino que se exige el cumplimiento efectivo de pena, parcial o total, descarta de antemano la posibilidad de que se pueda declarar reincidente a quien ha sido condenado condicionalmente, porque en la condena condicional se deja en suspenso la condena y con ello la ejecución de la pena por ende no existe un cumplimiento efectivo de la pena.⁹

La exigencia de un cumplimiento total o parcial de pena deja fuera de la reincidencia a aquellas personas que hayan cumplido la pena en prisión preventiva, en esto la jurisprudencia es mayoritaria, es decir, no puede nunca habilitar la declaración de reincidencia la prisión preventiva, porque no implica un cumplimiento total o parcial de la pena. Si se pretende asimilar el encierro que sufre un inocente a título de cautela, con el cumplimiento de la pena, no solo se está incurriendo en una analogía prohibida por la ley y violando el principio de legalidad, sino que implícitamente se está formulando un reconocimiento institucional de que la prisión preventiva es inconstitucional, porque obviamente es un anticipo de pena, tal es así que habilitaría la declaración de reincidencia.¹⁰

De modo que bajo ningún concepto, la prisión preventiva puede habilitar la declaración de reincidencia, porque no es pena, aun cuando la realidad del sistema nos pueda mostrar que la prisión preventiva funciona como una pena anticipada,

⁸ Dias, Horacio, *Código Penal de la Nación argentina comentado. Parte General*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, p. 437 y ss.

⁹ Dias, Horacio, ob. cit., p. 438 y ss.

¹⁰ Dias, Horacio, ob. cit., p. 440 y ss.

incluso a veces funciona como una medida de seguridad predelictual, porque funciona como una pena anticipada cuando el que estuvo en prisión preventiva luego es condenado, ahora cuando el que estuvo en prisión preventiva es absuelto o sobreseído, no es una pena anticipada, no es nada, por lo que funcionó como una medida de seguridad predelictual, con una agravante que es que el que cumplió prisión preventiva y es condenado puede compensar un día de prisión preventiva por un día de prisión en concepto de pena, el que fue absuelto no tiene ninguna compensación.¹¹

En cualquier caso, el hecho de que en la práctica la prisión preventiva funcione de manera distorsionada, funcione como regla y no como excepción, no puede cargarse en el condenado y generarle como consecuencia contra legem, como por ejemplo una equiparación de la prisión preventiva con la pena a los efectos de la declaración de reincidencia. En sentido literal, el artículo que regula el instituto es claro, dice cumplimiento total o parcial de la pena, cuando hay prisión preventiva no puede haber declaración de reincidencia. Este tópico, se retoma al tratar los fallos más resonantes con respecto al instituto.

Y por último, tendrá lugar la declaración de la reincidencia, con la comisión de un nuevo delito reprimido también con pena privativa de la libertad, es decir, tiene que haber una condena anterior con sentencia firme por un delito común cometida por una persona que haya cumplido por lo menos 18 años, si se trata de una condena sufrida en el extranjero tiene que ser por un delito que dé lugar a la extradición.

Requisitos negativos

La no configuración de la situación de reidad, es decir no se configura esta situación cuando la sentencia condenatoria no está firme, o cuando la persona no ha sido condenada por un delito común, sino que fue condenada, por ejemplo, por un delito político, contemplado en el código de justicia militar o fue condenado por una falta o contravención. Estos delitos, no dan lugar a la declaración de reincidencia. Ya no existen delitos militares, previstos estrictamente en el Código de Justicia Militar, de modo que la reforma al código de justicia militar, por ser ley posterior, modifica la previsión del art. 50 y los delitos que hoy no habilitan la

¹¹ Erbeta, Daniel A, *Clase de Fundamentos del Derecho Penal*. Posgrado de Especialización de Derecho Penal. Universidad Nacional de Rosario. Año 2019.

declaración de reincidencia porque no constituyen la situación de reidad, son los delitos políticos o las faltas o contravenciones.

Tampoco se da la situación de reidad cuando el delito fue cometido por un menor de edad, también viene una aclaración porque la ley 22.278, establecía la posibilidad de que pudiera declararse la reincidencia en caso que fuera declarado responsable el menor. Esa posibilidad prevista en esta ley, también al ser la ley 23.057 posterior, ha sido derogada y nunca la comisión de un delito por un menor de edad puede habilitar la declaración de reincidencia.¹²

Tampoco se configura la situación de reidad, cuando a su vez la sentencia condenatoria lo ha sido por un delito que no prevé pena privativa de la libertad sino pena de multa o inhabilitación. Aquí también una aclaración, aun cuando la multa no se haya pagado o agotado los mecanismos que prevé el código, o se haya convertido la multa en prisión, esta prisión no puede habilitar la declaración de reincidencia, porque la exigencia es que el delito que se comete y por el cual se declara la reincidencia, este condenado con pena privativa de la libertad, la eventual conversión de la multa por falta de pago en prisión no habilita bajo ningún punto de vista la declaración de reincidencia. La no subsistencia de la situación de reidad también se da cuando el delito fue amnistiado. Es decir, los delitos mediando amnistía, no pueden dar lugar a la declaración de reincidencia.

Cuando la última parte del art. 50, que establece lo que se llama la prescriptibilidad de la reincidencia, o la prescriptibilidad de la pena sufrida por los efectos de la reincidencia al prever que la pena sufrida, cualquiera sea (primera, segunda, tercera o cuarta) no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia, cuando hubiera transcurrido desde su cumplimiento un plazo igual al de la sentencia de condena que se impuso, plazo que no podrá ser inferior a 5 ni mayor a 10 años, para que haya reincidencia la comisión de un nuevo delito tiene que darse dentro de cierto límite temporal, pasado ese límite temporal, no hay posibilidad de declarar la reincidencia. El límite máximo temporal son 10 años de acuerdo al art. 50 última parte, que va a ser concordante con la previsión establecida en el art. 51 respecto de la caducidad de los antecedentes y los registros penales. Este artículo recoge lo que era el Código Tejedor, que regulaba la reincidencia de esta manera, diciendo que había reincidencia, cuando el autor después de sufrir una pena, cometía un nuevo delito o un crimen dentro de los 10 años siguientes. Ya en este

¹² Erbetta, Daniel A, *Clase de Fundamentos del Derecho Penal*. Posgrado de Especialización de Derecho Penal. Universidad Nacional de Rosario. Año 2019.

código (Tejedor), se establecía la prescriptibilidad de la reincidencia y se preveía un plazo máximo de 10 años.

Finalmente, como un requisito negativo específico está el caso en que la comisión de un delito es parte constitutiva de otro delito, como puede ser el caso del delito de quebrantamiento o inhabilitación judicial. En ese caso, el quebrantamiento de la condena anterior no puede dar lugar a la declaración de reincidencia, porque precisamente el delito anterior por el cual se impuso la inhabilitación, es un elemento constitutivo del tipo penal.

En conclusión, para que pueda operar la declaración de reincidencia, se deben verificar los presupuestos enumerados como requisitos positivos, como así también, debe darse la ausencia de lo que hemos enumerado como requisitos negativos.

IV.- Consecuencias de la declaración de reincidencia en el análisis sistemático del instituto

Luego de este breve repaso de las cuestiones más generales del instituto de la reincidencia en nuestro Código Penal, veremos ahora las consecuencias de su declaración en un breve análisis sistemático de los artículos que regulan su aplicación. Entonces, ¿cuáles son las consecuencias de la declaración de reincidencia y eventualmente de la reincidencia múltiple?

El art. 50, regula el régimen de la reincidencia y en el art. 51, fijaba una graduación específica de la pena para la reincidencia pero fue suprimido y en su lugar ese artículo o esa agravación fue sustituida por una cuestión muy relevante que es la regulación de la caducidad de los registros penales y la prohibición de informar antecedentes incluso favorables. Los artículos 52 y 53, regulan los casos de reincidencia múltiple, tema que retomaremos en el análisis del fallo Gramajo.

Analizando sistemáticamente la normativa Argentina, no se puede tener la más mínima duda de que la declaración de reincidencia y peor aún de reincidencia múltiple tiene efectos claramente negativos de agravación de la punibilidad contra aquel que ha cometido el delito en función del cual se lo declaró reincidente o multirreincidente.

Hay dos referencias normativas de la reincidencia, y hay otras tantas referencias a la multirreincidencia en el Código Penal y en la ley de ejecución penal, la mayoría de ellas, tres de cuatro, claramente son consecuencias negativas,

consecuencias que apuntan a la agravación de la pena de aquel que fue declarado reincidente o multirreincidente. Solo una de ellas, podría interpretarse como neutra en el sentido de que podría generar la interpretación de que la reincidencia puede considerarse tanto una atenuante como una agravante, que es la referencia normativa contenida en el artículo 41 inciso 2, cuando refiere que se tendrá en cuenta a los efectos de la mensuración de la pena las reincidencias en que hubiera recaído el sujeto.

Es cierto que ese artículo (41), regula no sólo circunstancias que pueden ser ambivalentes, en el sentido que pueden tener un efecto agravante como un efecto atenuante, en algunos casos regula claramente situaciones de agravación, pero cuando se interpreta el artículo 41 inciso 2, de manera sistemática con las otras referencias normativas que prevén consecuencias para la declaración de reincidencia o multirreincidencia, ninguna duda cabe de que “*en las reincidencias en que hubiera recaído el sujeto*” se apunta precisamente a tener un impacto en la agravación en la mensuración o la cuantificación de la pena que corresponde asignar a quien es declarado culpable y reincidente, y ¿por qué ello es así?

En primer lugar, porque dentro del art 41, que determina la individualización judicial o legal de la pena, es decir define las pautas de determinación o de cuantificación de la cantidad de pena que se va a aplicar al caso concreto, el inciso 2, hace referencia a las reincidencias en que hubiera caído el sujeto, pero antes de ello, en un análisis sistemático, el art. 14 del mismo Código Penal, prevé expresamente que no se otorgará libertad condicional al reincidente, es decir, que previamente existe un claro impedimento de la libertad condicional, por la condición de reincidente, de modo que difícilmente podría interpretarse que en el artículo 41 inc. 2 pueda considerarse a los efectos de atenuar la pena. Cuando la simple declaración de reincidencia, impide nada más ni nada menos, que un derecho, como es el previsto en la ley de ejecución de pena y en el Código Penal, que hace al régimen de progresividad, como es el beneficio de la libertad condicional.

Pero además del art. 41 inc. 2 y el art. 14, existen previsiones o efectos también muy negativos que se adjudican al multirreincidente, es decir a aquel que ha incurrido en reincidencias múltiples, o dicho simplemente en varias reincidencias. El art. 52 del Código Penal, regula el supuesto de multirreincidencia y establece que esos casos se va a aplicar como accesoria de la última condena, una reclusión por tiempo indeterminado y prevé para esa reclusión por tiempo indeterminado un régimen especial de libertad condicional, según el cual, se puede

obtener la libertad condicional recién después de cumplida la última condena, recién después de 5 años de haber cumplido esta accesoria de reclusión, que en principio tiene tiempo indeterminado.

Esta es una situación muy grave, que de cualquier forma nos muestra una contradicción, porque mientras el art. 53 prevé un régimen especial de libertad condicional para el multirreincidente, el art. 14 prohíbe la libertad condicional para el reincidente, pero además este artículo 52, donde se establece que el multirreincidente sufrirá además de la pena que le corresponde por el delito en el cual se lo declara multirreincidente por tercera vez, una reclusión por tiempo indeterminado como accesoria a la última condena, existen consecuencias negativas en la ley de Ejecución Penal, la ley 24.660, fundamentalmente después de la reforma introducida por la ley 27.375, que vino a neutralizar todo el régimen de progresividad y por ello esta ley lo que ha hecho es prácticamente suprimir o negar a nivel infra constitucional un principio constitucional plasmado en el artículo 18 y presente en todos los pactos internacionales con jerarquía constitucional, como es el principio de reinserción social o de resocialización.

En primer lugar, se agrava la posibilidad de acceder al periodo de prueba, porque se prevé que se pueda acceder al periodo de prueba habiendo cumplido la mitad de la pena, en las penas temporales, 15 años en las penas perpetuas sin accesoria del art. 52 y en los casos del art. 52, se debe cumplir toda la pena y además 3 años más para poder acceder al periodo de prueba, de modo que no hay ninguna duda que la reincidencia múltiple trae además una agravación para la persona que ha sido condenada y declarada en tal carácter, esto está previsto en la ley 24.660 a raíz de la reforma introducida por la ley 27.375.

Por otro lado, lisa y llanamente se prohíbe la libertad asistida a quienes se les haya impuesto la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, de modo que tanto a nivel del Código Penal, como de ejecución penal, los efectos de la declaración de reincidencia y multirreincidencia no son nada positivos y por lo tanto nadie puede dudar que en nuestro sistema legal la reincidencia o la multirreincidencia, funcionan como agravantes de la penalidad que le corresponde a la persona así declarada.

Nuestro control difuso de constitucionalidad, hace que a pesar de la declaración de inconstitucionalidad, la ley sigue vigente porque la declaración tiene efecto para el caso, el art 52 tiene un origen, tiene una tradición que aparece en nuestra legislación o proyecto en 1903, porque allí se consagró la pena de

relegación que preveía el código francés, frente a casos de reiteración delictiva, que podrían ser casos de concursos real de delitos calificados se reguló esta consecuencia gravosa que se denominó reclusión accesoria por tiempo indeterminado, es decir una reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena y se estableció el cumplimiento de esta accesoria por tiempo indeterminado en un paraje del sur de nuestro país que fue la cárcel de Ushuaia.

Un dato más de este antecedente del artículo 52, es que la reclusión accesoria por tiempo indeterminado podía dejarse sin efecto por única vez, fundado en un criterio netamente peligrosista, la interpretación mayoritaria de la doctrina y el artículo no dejaba mucho margen de duda de que era uno de los artículos que se utilizaban, para poder fundamentar normativamente la receptación del criterio de la peligrosidad criminal en el Código Penal argentino.

La ley 23.057, reforma el régimen de condena condicional y de reincidencia, y también toca este artículo 52 y lo modifica, deja la posibilidad de la libertad condicional para el caso de aplicación de la reclusión por tiempo indeterminado, pero introduce dos modificaciones que están en el texto actual; en primer lugar, suprime la posibilidad de aplicar la reclusión accesoria por tiempo indeterminado a casos de concurso real calificados, o sea, casos de reiteración delictiva en concurso real y limita la consecuencia a dos supuestos de multirreincidencia: el primero, en el inc 1, que dispone: *“Se aplicará reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores, cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de tres años”* y el segundo, en el inciso 2, que dispone: *“Cinco penas privativas de la libertad de tres años o menores”*.

Finalmente, modifica el último párrafo y establece: *“Los tribunales podrán dejar por única vez en suspenso esta medida accesoria fundando expresamente en la forma prevista en el art. 26”*, es decir, se suprime la referencia a la peligrosidad criminal, en alguna medida apunta a dar como fundamento de la suspensión de la reclusión por tiempo indeterminado los fundamentos que preveía el artículo 26 (de la condenación condicional) fundamentos que también fueron establecidos por esta reforma de la ley 23.057.

Si bien la reforma representa un avance significativo, no logra superar las objeciones derivadas de la previsión, aun en el caso de multirreincidencia, o de una reclusión por tiempo indeterminado, especialmente teniendo en cuenta principios que hacen a la pena, principios constitucionales que tienen que ver con la necesidad de que exista siempre una previa determinabilidad de las sanciones a

aplicar, es decir, esto tiene que ver con la intangibilidad del ser humano, no existen diferentes categorías de ciudadanos, de modo que la objeción sigue subsistiendo y se pondría de manifiesto en todos los argumentos del fallo Gramajo.

Como último dato del artículo 52, se puede decir que este artículo al regular supuestos de multirreincidencia, obviamente para que se de los supuestos del mencionado artículo es necesario que entre una declaración de reincidencia y otra declaración de reincidencia no hayan transcurrido los plazos previstos en la última parte del artículo 50, o sea que se trata de reincidencias encadenadas con todos los requisitos que prevé el 50, de modo que si entre un hecho y la anterior pena cumplida, pasaron 10 años o pasó la cantidad de tiempo que prevé la ley en el último párrafo del 50, se interrumpe la cadena de reincidencia y por lo tanto no puede hablarse de multirreincidencia.

Lamentablemente, teniendo en cuenta esta interpretación que es aceptada por toda la doctrina, el artículo 52, llevaría a la conclusión que lo más probable es que solo podría aplicarse la reclusión por tiempo indeterminado a personas que incurran en múltiples reincidencias por haber cometido delitos muy pequeños, delitos de escasa lesividad, porque de lo contrario no hay posibilidad de que delitos que tengan una escala penal importante, puedan darse a lo largo de lo que dura la vida humana, es decir no hay posibilidad que puedan darse la cantidad de reincidencias múltiples que prevé el artículo 52 en supuestos de delitos más graves con una penalidad importante.

Para completar el cuadro normativo, el artículo 53 que fue introducido en 1944, estableció un régimen de libertad condicional especial para las personas que cumplieran reclusión por tiempo indeterminado y este régimen de libertad condicional tiene diferencias con la libertad condicional del artículo 13, que además del cumplimiento de una parte de la pena requiere haber cumplido en forma regular los reglamentos carcelarios, requiere un pre informe de peritos sobre el pronóstico de reinserción social y esa libertad condicional del artículo 13 puede ser revocada solamente cuando se comete un nuevo delito o se viola la obligación de residencia. Diferenciándose de ese régimen de libertad condicional ordinario del art. 13, el art. 53 estableció un régimen de libertad condicional para evitar que la persona muriera en la cárcel, previendo en primer lugar que se podía pedir la libertad condicional una vez cumplida la pena, después de 5 años de reclusión por tiempo indeterminado, pero esa libertad condicional se va a conceder en base a los siguientes fundamentos: que la persona tenga buena conducta, que demuestre aptitud y hábito para el trabajo y que demuestre otras actitudes que verosíblemente

hagan suponer que esa persona no constituiría un peligro para la sociedad, también establece que la violación de cualquiera de las condiciones que son las mismas del artículo 13; ya no la comisión de un nuevo delito o la violación de residencia sino la violación de cualquier condición lleva a revocar esta libertad condicional.

Finalmente, establece que transcurrido otros 5 años de la accesoria, se podrá pedir por segunda vez la libertad condicional, siempre y cuando la primera no haya sido revocada por cualquiera de las causales, menos por la causal de comisión de un nuevo delito. De modo que la persona que estaba con una reclusión accesoria por tiempo indeterminado y luego obtiene la libertad condicional después de 5 años y se la revocan por la comisión de un nuevo delito no puede volver a solicitarla.

V.- Principales fundamentaciones dogmáticas del instituto a través del tiempo

Más allá de la cuestión de la interpretación de la ley nacional que regula la reincidencia y el análisis sistemático de la misma, cabe ahondar en los fundamentos dogmáticos que se han esgrimido a lo largo de la historia para considerarla como una circunstancia agravante de la pena, en este aspecto, se han ensayado históricamente múltiples teorías para intentar justificar la reincidencia sin violentar los principios constitucionales ni contradecir los postulados de la teoría del delito a la que cada uno está adscripto.

Si bien nos resultaría materialmente imposible sistematizar todas ellas, no sólo por su cantidad sino también teniendo en cuenta que “los criterios generales incorporan elementos propios de otros y se superponen, lo que hace que las variaciones tengan límites difusos”¹³, intentaremos referir muy sintéticamente aquellas que consideramos cuentan con mayor claridad y las que han tenido mayor impacto en la doctrina y jurisprudencia nacional.

Por un lado, vamos a distinguir entre las teorías positivas, que son aquellas que defienden la necesidad de regular la reincidencia como una condición agravante de la pena del segundo delito, y por otro existen otras teorías negativas, que niegan, o mejor dicho, que consideran que no corresponde generar ninguna consecuencia gravosa para aquel que luego de sufrir una condena por un delito

¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Sal Llargués, Benjamín, en su comentario a los artículos 50/53 en “Código Penal y normas complementarias”. Análisis doctrinal y jurisprudencial” dirigido por Baigún y Zaffaroni, Tomo 2 A, pág. 345.

anterior comete un nuevo delito y dentro de estas posiciones negativas, están quienes consideran que lejos de agravar, la recaída en el delito debe interpretarse como una pauta de disminución de la responsabilidad y por lo tanto como una atenuante de la pena por el segundo delito.

Teorías positivas

Dentro de estas teorías, existen posiciones que miran particularmente al autor y existen posiciones que miran especialmente al hecho del autor. Algunas focalizan el desarrollo explicativo en alguna condición o en alguna particularidad que tiene que ver con el propio autor, ya sea con alguna condición especial del autor o con la propia culpabilidad del autor y otras teorías que en cambio ponen el acento a los efectos de explicar y fundamentar la reincidencia en el carácter de injusto, es decir, en el carácter del hecho cometido por el autor, en síntesis unas miran al autor y otras miran al hecho.

Entre las teorías que miran al autor hay dos grandes grupos: a) aquellas teorías que fundamentan la reincidencia y la agravación de la pena del segundo delito en la peligrosidad, las teorías peligrosistas, entendiendo la peligrosidad como una condición del autor del delito; y b) aquellas teorías que fundamentan, siempre pensando en el autor, la agravación de la pena en las situaciones de reincidencia, por un mayor contenido de culpabilidad del autor, de modo que es una característica o una condición del hecho del autor, pero que está referida a la persona.

Teorías peligrosistas que entienden la peligrosidad como una condición del autor.

Teoría de la mayor peligrosidad del autor.

Entre estas teorías, la principal proviene de la Escuela Positiva, de los autores Enrico Ferri, Raffaele Garofalo y Césare Lombroso, del positivismo penal italiano, y es la teoría de la mayor peligrosidad que evidencia el reincidente, para la Escuela Positiva el punto de partida a los efectos de una imputación era el principio del autor, que se oponía al principio del acto, por lo tanto estamos hablando de un derecho penal de autor.

Por ello, el delito era considerado como una manifestación sintomática de la peligrosidad del autor, de modo que la sanción que correspondía al autor debía estar ajustada a la peligrosidad que evidenciaba y en el caso de los reincidentes, no

había ninguna duda que correspondía agravar el castigo porque las reincidencias no eran más que una manifestación sintomática de la mayor peligrosidad que evidenciaba el sujeto y por lo tanto, por razones de defensa social, no de tutela jurídica sino de defensa social, que era el fundamento del derecho penal para los positivistas, corresponde agravar la pena del segundo delito.

En palabras de Zaffaroni, esta teoría se encuentra abiertamente por fuera del derecho penal de garantías, es decir, prácticamente en abierta oposición a los principios liberales del racionalismo reduciendo al hombre a una “cosa” regida mecánicamente y restándole su jerarquía de persona. Incluso dentro de esta vertiente autoritaria la explicación de la reincidencia mediante la peligrosidad resulta contradictoria, puesto que todo juicio de peligrosidad debe entenderse como juicio de probabilidad, es decir, que no puede presumirse. Sin embargo, se cae en una contradicción jamás explicada al apelar a la “peligrosidad presunta”, que de este modo se transforma en un concepto incomprensible.¹⁴

Teoría del prudente arbitrio judicial.

Una segunda teoría, es la teoría del prudente arbitrio judicial, se trata de una variante de la teoría peligrosista del positivismo italiano y fue sostenida por Eugenio Florian, que considera la reincidencia como expresión de una mayor peligrosidad del autor, pero no necesariamente en todos los casos debía llevar a un agravamiento de la pena, sino que es necesario, como variante de la teoría anterior, que la agravación de la pena quede librada al mejor arbitrio judicial en función del análisis de cada caso en particular. Sin embargo, más allá de que configure una variante de la teoría anterior se trata de teorías que fundamentan la agravación de la pena del delito por el cual se declara reincidente a una persona en la mayor peligrosidad del autor.

Continuando el desarrollo de estas teorías peligrosistas, otra teoría que tuvo bastante difusión, fue la teoría de la especial cualidad del autor, que considera a la reincidencia como una consecuencia de una especial cualidad inherente al propio autor, la que evidencia con el segundo delito una mayor tendencia a la criminalidad, para esta teoría la reincidencia sería como una suerte de etiqueta, una condición personal que lleva el autor reincidente y que actúa como una condición especial de autoría, sería algo similar a un delito especial propio y ello sería el fundamento de la agravación de la pena del reincidente.

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio R, “La Reincidencia”, La Habana, agosto de 1990, pág 13 y ss.

Fuera de las teorías positivistas, que no podrían tener cabida en nuestro derecho porque la peligrosidad es una condición del autor incompatible con el principio del acto y con el principio de culpabilidad y en nuestro derecho la pena no solamente se fundamenta en la culpabilidad, sino que la culpabilidad es un límite a la punibilidad del hecho, cualquier pretensión de agravar la respuesta punitiva fundada en una condición personal del autor en nuestro derecho es seriamente cuestionable y esto no solamente lo ha dicho la Corte Nacional en “Gramajo”¹⁵ sino que también lo ha dicho la CIDH en “Fermín Ramírez”¹⁶, donde claramente se deja asentado que el criterio de la peligrosidad no sólo es un criterio empíricamente improbable sino que es un criterio incompatible con un derecho penal propio de un estado constitucional y con los principios constitucionales que condicionan la política criminal y la interpretación de las leyes penales.

Teorías peligrosistas de un mayor contenido de culpabilidad del autor como condición del hecho referida a la persona

Por otro lado, dentro de las teorías peligrosistas, pero en el grupo de las que justifican la peligrosidad en miras al autor, están las teorías de la mayor culpabilidad del agente, que también a veces representan un embuste de etiquetas, porque bajo el criterio de una mayor culpabilidad, en última instancia lo que se está reprochando o lo que se está utilizando como fundamento de la agravación de la pena es un verdadero criterio peligrosista.

Teoría de la culpabilidad típica especial o teoría de la culpabilidad por inclinación.

Dentro de este grupo de teorías de la mayor culpabilidad del agente, tenemos la teoría de la culpabilidad típica especial o teoría de la culpabilidad por inclinación, con tan solo hablar de culpabilidad por inclinación, sería algo así como una suerte de culpabilidad por tendencias, podemos ya advertir que debajo de este concepto de culpabilidad, lo que subyace es un criterio verdaderamente peligrosista, porque la teoría de la culpabilidad típica especial dice que en el reincidente se verifica una especial condición ético psicológica que hace que este autor, el reincidente, tenga una mayor tendencia a delinquir.

Esto en realidad, poco tiene que ver con una culpabilidad por el acto, con una culpabilidad que sea el reproche puro por lo que el sujeto hizo, sino que esto más

¹⁵ Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa -Causa N° 1573-

¹⁶ Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio del año 2005.

bien se aproxima a un criterio peligrosista y a una suerte de culpabilidad por la conducción de la vida, por el carácter, por más que se la ubique dentro de las teorías de la mayor culpabilidad.

En palabras de Zaffaroni, a diferencia del positivismo, que pretende explicar la reincidencia por una característica del autor que se proyecta hacia el futuro, la culpabilidad del autor prefiere hacerlo por la vía de una característica del autor que se proyecta, pero desde el pasado. El positivismo pretende salirse de las pautas garantistas, en función de un concepto preventivo-especial de pena y la culpabilidad del autor lo hace en función de una idea retributiva de la pena.¹⁷

Teoría de la agravación de la reincidencia por una mayor culpabilidad de carácter o de conducción de la vida

En segundo lugar, dentro de este grupo de teorías de mayor culpabilidad, aparece la teoría de la agravación de la reincidencia por una mayor culpabilidad de carácter, que es la culpabilidad por la conducción de la vida, una construcción conceptual que desarrolló Edmund Mezger.

Quien consideraba que la culpabilidad no era sólo el reproche puro del acto, sino también bajo ciertas condiciones existía una culpabilidad por la conducción de la vida, fundamentalmente en los casos de habitualidad, del delincuente profesional, en los casos de la reiteración delictiva, en los casos de reincidencia.

Una culpabilidad por la conducción de la vida, es decir, una culpabilidad de carácter, porque el sujeto tiene un carácter que le hace llegar a una vida equivocada, a una vida no ajustada a las exigencias normativas y esto obviamente se evidencia en la recaída en el delito, que pone de manifiesto un mayor contenido de culpabilidad por parte del sujeto, y este precepto es el que fundamenta, finalmente, la agravación de la pena del reincidente.

Teoría de la mayor energía de la voluntad del autor

Otra variante, dentro de este grupo de teorías de la mayor culpabilidad del agente, es la teoría de la mayor energía en la voluntad del autor, la que fue sostenida por Giulio Battaglini, quien refiere que en los casos de reincidencia hay que agravar la pena porque pese a la pena anteriormente sufrida, lo que evidencia la recaída en el delito es una mayor energía criminal, una mayor voluntad criminal por parte del autor.

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio R, ob cit (“La Reincidencia”), p 17 y ss.

En este caso, estamos hablando de una teoría de la culpabilidad psicológica, donde la culpabilidad se reducía a dos formas en base a la relación de ella en la cabeza del autor, en su intencionalidad, y se hablaba de una relación psicológica voluntaria en el caso del dolo y una relación psicológica involuntaria en el caso de la imprudencia.

En este punto y siguiendo a Zaffaroni, podemos decir que en las concepciones de algunos autores ha primado el criterio de que la reincidencia implica un desprecio por el valor admonitorio de la condenación precedente. En forma expresa, algunos autores piensan que así como existen beneficios para quienes ponen de manifiesto su arrepentimiento, es natural que suceda lo contrario cuando con la reincidencia se muestra la falta de arrepentimiento (Latagliata). La admonición de la primera condenación, generaría una mayor o más actual conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho y, por ende, un mayor grado de culpabilidad (Maurach).

Teoría de la enemistad o rebeldía frente al derecho

Siguiendo con este grupo de teorías de la mayor culpabilidad del agente, las que tuvieron una gran difusión y receptación en la doctrina y la jurisprudencia a lo largo del tiempo, tiene una especial significación la llamada teoría de la enemistad o de la rebeldía frente al derecho, también llamada teoría de la advertencia, o teoría del desprecio por la pena anterior sufrida, que fue desarrollada ampliamente por Angelo Latagliata y posteriormente fue sostenida por Reinhart Maurach.

Sostiene Latagliata, que no varía el grado de injusto entre el cometido por el reincidente y el autor primario, dado que las conductas de ambos son completamente idénticas “tanto en el aspecto externo como en los coeficientes psicológicos de la acción (dolo o culpa)”, sin perjuicio de lo cual, estima que “la valoración de la ley es profundamente diversa”, lo cual determina, a su criterio, que el delito perpetrado por un reincidente suscite una “exigencia ético-retributiva de un mayor rigor”.¹⁸

Analiza para fundar tal conclusión “la estructura ontológica que caracteriza la culpabilidad del sujeto en la reincidencia”, entendiendo que se manifiesta en que el recuerdo del proceso ha enriquecido su capacidad para comprender el contenido de la prohibición legislativa y para conocer el disvalor de la acción, estando todas

¹⁸ Latagliata, Angel Rafael: “Contribución al estudio de la reincidencia”, p. 242 y ss.

sus acciones sucesivas caracterizadas por “el conocimiento que el individuo tiene de la condena”.¹⁹

Concluye así, que la estructura ontológica característica de la culpabilidad del reincidente, está dada “por una mayor posibilidad de inhibición de los impulsos criminosos, conectada con la fuerza vinculante del recuerdo de la condena precedente y con su valor de advertencia.”²⁰

Esta teoría, indica que la reincidencia pone en evidencia una mayor rebeldía, una mayor enemistad del sujeto con el derecho y con ello una mayor culpabilidad, por el desprecio que muestra quien, habiendo sido advertido por una condena anterior o por el sufrimiento de una pena anterior, nuevamente recae en el delito.

También a esta teoría adscribe Reinhart Maurach, quien refiere que es el efectivo conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, lo que revela una mayor enemistad al derecho por parte del autor reincidente. Afirma este autor, que “mientras que para el general juicio de culpabilidad basta con la observación de que el autor ha abusado de su imputabilidad por la consciente rebeldía frente a la norma (ley prohibitiva), en el ladrón reincidente concurre además, en sentido agravatorio, la representación de la punibilidad de su hacer. La rebeldía frente al orden social, manifestada con especial intensidad en la reincidencia, esto es, la causa de agravación.”²¹

En síntesis, Latagliata y Maurach en Alemania, sostienen que la agravación se justifica así, en una mayor culpabilidad del autor en función del desprecio hacía la advertencia de la condena o de la pena anterior. Esta teoría en alguna medida, tiene cierto arraigo en la teoría de Francesco Carrara sobre la insuficiencia de la pena anterior cumplida, la que analizaremos a continuación.

Es claro, que en estos últimos intentos de justificación de la reincidencia, se reprochan y por lo tanto se retribuyen, caracteres personales que no son acciones, o bien, son acciones anteriores y atípicas. De alguna manera, son corrientes que no hacen más que perfeccionar dogmáticamente teorías que provienen de mucho más

¹⁹ Latagliata, op. cit., p. 270 y ss.

²⁰ Latagliata, op. cit., p 277 y ss.

²¹ Maurach, Reinhart: “Tratado de derecho penal”, citado por Zaffaroni y Sal Llargués, op. cit., pág. 348. También citado por Zaffaroni: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, op. cit., tomo V, pág.350.

lejos, y que la mayor gravedad de la pena del segundo delito, la justificaban porque ponía de manifiesto una mayor perversidad del autor (Pacheco, por ej.).²²

En cierto sentido, y fuera del planteo dogmático en términos modernos, también cabría considerar aquí la explicación por la vía de la insuficiencia de la pena sufrida, que pondría de manifiesto una mayor insensibilidad del autor (Carrara), lo que bien puede emparentarse con una mayor necesidad de «controspinta pénale» (Romagnosi) o de «psychologische Zwang» (Feuerbach).²³

Y precisamente, ya por fuera de las teorías de la mayor culpabilidad, pero dentro de este primer grupo de teorías, que en alguna medida sostienen el instituto de la reincidencia como una agravante del castigo estatal, aparece la teoría de Francesco Carrara, la teoría de la insuficiencia relativa de la pena anteriormente cumplida.

Teoría de la insuficiencia relativa de la pena cumplida

Esta teoría, básicamente lo que dice es que en la reincidencia corresponde agravar la pena del nuevo delito porque la comisión del nuevo delito por parte del reincidente, lo que pone de manifiesto es la insuficiencia, la ineficacia de la pena cumplida anteriormente.

Esta teoría, fue sostenida fundamentalmente por Francesco Carrara en su “Programa de Derecho Criminal”. Por un lado, crítica la teoría de la mayor alarma social causada por el delito del reincidente, entendiendo que si bien el delito del reincidente puede aumentar la conmoción pública, este resultado es excepcional porque depende de que se conozca que el autor es reincidente y que el delito fue cometido por él, considerando inadmisibles admitir “que una regla que debe ser general y absoluta, como es la de aumento de pena al reincidente, pueda basarse en una condición eventual e inconstante”.²⁴

Y como consecuencia de ello, estima que “la única razón aceptable para aumentarle la pena al reincidente consiste en la insuficiencia relativa de la pena ordinaria; y esta insuficiencia la demuestra el reo mismo con su propio hecho, es decir, con la prueba positiva que resulta de su desprecio a la primera pena”,

²² Zaffaroni, Eugenio R, ob cit (“La Reincidencia”), p 18 y ss.

²³ Zaffaroni, Eugenio R, ob cit (“La Reincidencia”), p 17 y ss.

²⁴ Carrara, Francesco: “Programa de Derecho Criminal. Parte General”, volumen II, p. 205 y ss.

aclarando expresamente que si bien el aumento de pena se basa en una presunción de mayor insensibilidad del delincuente respecto de la primera, no se trata de una presunción de “mayor perversidad”, fórmula que considera “falaz y peligrosa”.²⁵

Carrara, explica luego su postura, afirmando que si bien el legislador prevé que a determinado delito puede bastar determinada cantidad de mal como pena, esto es suficiente para la mayoría que no ha delinquido aún. Es que, cuando una persona delinque a pesar de la amenaza punitiva, cabe considerar que lo hizo por no haber experimentado la pena, pero puede tenerse por cierto que la misma le servirá de lección suficiente para el futuro, siguiendo esta línea de pensamiento afirma: “pero cuando un condenado, después de haber experimentado un sufrimiento efectivo, vuelve a delinquir, da una señal manifiesta de que desprecia ese sufrimiento y que para él no es freno suficiente esa suma de penas”, resultando en tal caso, inútil renovar contra él la misma pena.

De ahí que, a causa de la naturaleza de ese individuo, excepcionalmente más insensible, hay que aumentar el castigo si se quiere esperar razonablemente un efecto útil”. Es por ello que, la reincidencia “no es más que una modificación del cálculo acerca de la cantidad relativa de la pena”.²⁶

Tal razonamiento es cuestionado por Maier, quien entiende que “el problema no se soluciona, como lo pretende Carrara, indicando que se trata de un aumento de pena (agravación del delito posterior) y no de un aumento de imputación, pues en este segundo caso se volvería a tomar en cuenta un delito ya juzgado. En realidad, esto sólo representa un juego de palabras porque el principio del non bis in idem, considera ilegítimo tanto culpar de nuevo a una misma persona por un hecho ya juzgado, cuando intenta imponer de nuevo una pena.”²⁷

En consonancia con tal criterio, Zaffaroni estima que ninguna de las teorías desarrolladas para fundamentar el agravante por reincidencia “logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que importaría una violación al non bis in idem o, si se prefiere, a la prohibición de doble punición.”²⁸

²⁵ Carrara, op. cit., p. 205 y ss.

²⁶ Carrara, op. cit., p. 207 y ss.

²⁷ Maier, Julio: “Derecho Procesal Penal”, tomo I: Fundamentos, Editores del Puerto, 2º edición, 3º reimpresión, Bs. As., 2004, pág. 643.

²⁸ Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit., pág. 1057.

Previo a la reforma de la ley 23.057, se ha afirmado que los argumentos expuestos por Carrara resultaban “insostenibles en un sistema de reincidencia ficta como el nuestro”.²⁹ La teoría de Carrara, es una teoría que obviamente justifica la reincidencia real, es decir, la reincidencia que exige el cumplimiento total o parcial de pena, y el fundamento que le da a la agravación por reincidencia es que, precisamente, el nuevo delito, el delito que motiva la declaración de reincidencia, lo que está evidenciando es una ineficacia, un fracaso o una insuficiencia de la pena anteriormente cumplida.

Cuando se introdujo la reforma de la Ley 23.057, el fundamento que se invocó es el de la teoría de Carrara, esto es, como venimos desarrollando, una suerte de agravación del delito que motiva la declaración de reincidencia por el fracaso del tratamiento penitenciario anterior. Como fácil es advertir, la crítica a esta teoría tiene que ver con la circunstancia de que en última instancia, el fracaso del tratamiento ejecutivo, la insuficiencia de la pena anteriormente cumplida, no parece muy razonable que se le cargue en la cuenta del propio condenado, cuando en realidad pareciera evidente que sea más bien una especie de déficit del propio Estado, que no ha logrado en el proceso ejecutivo de la pena, el cometido que se propone en la aplicación de la misma.

Teorías del mayor contenido de injusto del segundo hecho.

A continuación desarrollaremos las teorías agravatorias que fundamentan la necesidad de regular la recaída en el delito como una agravante, pero fundados en el mayor contenido de injusto del segundo delito, ya no mirando al autor sino al contenido de injusto del hecho, es decir las que miran concretamente al hecho, aunque en última instancia vamos a ver que en el desarrollo de alguna de estas teorías no puede evitarse nuevamente, de manera consciente o inconsciente, una apelación a la tendencia, la inclinación, a la temibilidad, la perversidad o a la peligrosidad del autor. Estas teorías, se autocalifican como Teorías del mayor contenido de injusto, porque consideran que la agravación de la pena en la reincidencia se fundamenta en que el segundo delito es más antijurídico, tiene un contenido de injusto, de antijuridicidad mayor.

²⁹ Zaffaroni: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, tomo V, p. 345.

Teoría del Mayor Desprecio por los Bienes Jurídicos Lesionados.

Dentro de estas teorías que miran al hecho, del mayor contenido de injusto, se encuentra la teoría de Santiago Mir Puig, que es la Teoría del Mayor Desprecio por los Bienes Jurídicos Lesionados.

En alguna medida, hablar de un desprecio por los Bienes Jurídicos lesionados, pareciera una vinculación con alguna cuestión de la energía, de la voluntad, de la decisión del autor, pero Mir Puig, sostiene que en verdad, el segundo delito evidenciaba un mayor desprecio, por la lesión de bienes jurídicos y como tal lesión tiene que ver con el hecho, la agravación de la reincidencia, se daba en función del mayor contenido de injusto, de antijuridicidad, que el hecho o el segundo hecho evidenciaba, precisamente por este mayor desprecio hacia los bienes jurídicos, por parte de quien ya había lesionado un bien jurídico y había sido condenado y eventualmente sufrido pena, vuelve a lesionarlos nuevamente.

Teoría de la violación de las dos normas.

Otra teoría, ubicada dentro del mayor contenido de injusto, es la teoría de la violación de las dos normas. Una teoría que tuvo mucho desarrollo también en nuestro país, y se le adjudica a Armin Kaufmann.

Esta Teoría, sostiene que debe agravarse la pena del reincidente porque en el segundo delito hay un mayor contenido de injusto en tanto que al haber sido condenado por un delito o al haber cumplido pena por un delito, la comisión del delito que da lugar a la declaración de reincidencia implica la violación de dos normas.

Por un lado la norma concreta, específica, que tiene que ver con el bien jurídico que se lesiona con ese segundo delito, es decir el tipo penal que se realiza, y por otro lado, una norma más general, que le estaría obligando al autor del segundo delito, en función del delito anterior, de abstenerse de cometer otro nuevo delito.

Es decir, una norma, que es la que se corresponde con la lesión prohibida al bien jurídico que se produce con el segundo hecho y una segunda norma que se llama norma de abstención y que en alguna medida, es como que estaría imponiéndose al reincidente, es decir aquel que ya ha cumplido una pena o ha tenido una sentencia condenatoria anterior, se le estaría imponiendo la obligación, el deber de no dejar arraigar en su persona, la tendencia o el carácter a cometer otro delito.

Kaufmann, analiza la cuestión al desarrollar su “teoría de las normas” bajo el acápite “el reproche de culpabilidad agravado” y como parte de los “elementos subjetivos de la punibilidad” o “calificantes psicológicas”. Entiende, que las calificantes psicológicas caracterizan al acto, y recién a partir de él también la reprochabilidad, diferenciándose de Binding (quien al entender que el dolo es una especie de culpabilidad pareciera considerar a las calificantes psicológicas como elementos de la intensidad de la reprochabilidad que nada tienen que ver con el acto como tal).³⁰

Clasifica luego las calificantes psicológicas en aquellos “elementos que denotan la intensidad de la voluntad de realización y elementos en los cuales está descrito el motivo o de los cuales se deduce el motivo”, entendiendo que de todos modos la clasificación resulta irrelevante, ya que ambos grupos determinan la cuantificación del disvalor del acto.³¹

En consecuencia, en los delitos cometidos por reincidentes lo ilícito del hecho particular se acentúa cuando por medio de él se expresa también lo ilícito de la formación del carácter total, tratándose de “dos contrariedades al deber, de la lesión de dos normas distintas” y existiendo “dos reproches de culpabilidad, es decir, el reproche de no haber cumplido dos deberes a pesar de la capacidad para hacerlo”. Agrega que, la norma que se encuentra detrás de la regulación de la reincidencia es una norma general, es decir, “un mandato de orientar al valor la formación del carácter”.³²

Esta Teoría, considera que en el hecho que motiva la declaración de reincidencia existe un mayor contenido de antijuridicidad, un mayor contenido de injusto, en función de que se estaría violando una doble norma y por lo tanto se estarían habilitando dos reproches de culpabilidad.

Teoría del mayor contenido de injusto por la mayor alarma social que provoca el segundo hecho.

También dentro de las Teorías del mayor contenido de injusto, una teoría que fue también muy importante en nuestra doctrina, fue desarrollada en Italia, por los

³⁰ Kaufmann, Armin: “Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna”, p. 277 y ss.

³¹ Kaufmann, op. cit., p 280 y ss.

³² Kaufmann, op. cit., p. 284.

autores de la Terza Scuola Italiana, por Giovan Battista Impallomeni y Giuseppe Zanardelli. Esta teoría, fundamentó la reincidencia en el Código Italiano de 1889, que tenía como precedente el Proyecto Zanardelli de 1877.

Desecha este autor, la posibilidad de considerar a la reincidencia como una circunstancia externa al delito, entendiendo que ello implicaría olvidar que el daño que el delito ocasiona es también social y político, de modo tal que la circunstancia subjetiva de la especial perversidad del agente, deviene circunstancia objetiva del delito, lo que hace crecer el temor ante el pernicioso ejemplo de su obstinado desprecio por la ley. De este modo, el delito del reincidente no sólo lesiona al bien jurídico, sino también genera un daño político al fin estabilizador del derecho.³³

Precisamente estos autores, que pertenecen a la Terza Scuola Italiana, son los que desarrollan esta teoría vinculada a la agravación de la reincidencia por un mayor contenido de injusto, motivado en que el segundo delito de la primer reincidencia o el tercer delito de la segunda reincidencia, tiene un mayor contenido de antijuridicidad porque provocan una mayor alarma social. Es decir, hay una mayor dañosidad social y política del hecho cometido por aquel que ya viene de ser condenado o de haber sufrido pena anterior.

Esta Teoría del mayor contenido de injusto por la mayor alarma social que provoca el segundo hecho, fue desarrollada en nuestro país, con una teoría que siguió durante muchos años el Profesor Zaffaroni y la desarrolló en su primer Tratado, donde fundamenta la agravación de la reincidencia, precisamente en la Teoría de Impallomeni, de Zanardelli, del mayor contenido de injusto por una mayor alarma social, una mayor dañosidad social del segundo hecho.

Se puede advertir que, es muy difícil desentenderse de la supuesta peligrosidad del autor. Es que en esta Teoría, se trata de objetivizar esta peligrosidad a través de lo que sería el mayor temor, la mayor alarma que provoca en la sociedad el hecho de alguien que viene de ser condenado por un delito anterior, Zaffaroni lo explica diciendo que hay un mayor contenido de injusto porque hay una mayor afectación de la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica, explica Zaffaroni, tiene dos aspectos: un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. El aspecto objetivo, está dado por la efectiva tutela

³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Sal Llargués, Benjamín, en su comentario a los artículos 50/53 en "Código Penal y normas complementarias". Análisis doctrinal y jurisprudencial" dirigido por Baigún y Zaffaroni, Tomo 2 A, p. 345.

de los bienes jurídicos. El aspecto subjetivo, está dado por el temor o la alarma frente al delito, y cuando el delito da lugar a la declaración de reincidencia evidentemente produce una mayor alarma social, afecta de manera más grave el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica y por eso este segundo hecho tiene un mayor contenido de antijuridicidad, un mayor contenido de injusto que justifica la agravación de la pena.

Evidentemente se observa que la mayor antijuridicidad del segundo hecho, tiene que ver con el hecho precedente, este agravamiento de la pena del reincidente es eminentemente personal y no puede transferirse al partícipe, pero, en cualquier caso, es muy difícil fundamentar la reincidencia por la alarma social. La alarma social, a lo sumo es un efecto de la reincidencia, nunca un fundamento, además es un efecto muy poco comprobable, porque nadie sabe quién es reincidente, la gente no se entera, la gente se entera de cuantos hechos son cometidos por reincidentes, pero no de quien es cada uno de ellos.

Por lo tanto, desde esta perspectiva, no solo que para poder agravar la pena es necesario volver al delito anterior, porque es el delito anterior, el que aumenta la antijuridicidad del segundo hecho, sino que además la alarma provocada por el delito, es justamente eso, un efecto del delito, nunca puede ser un fundamento de la agravación de la pena concreta a aplicarse.

Teorías Negativas.

Ya por fuera de estas teorías positivas, hubo posicionamientos, teorías, construcciones, que directamente sostienen que la reincidencia no puede regularse y en ningún caso puede generar una consecuencia agravante, un efecto agravatorio para las condiciones del autor o de la persona del autor y la eventual agravación de la pena.

Dentro de estas posiciones negadoras o negativas, están quienes sostienen incluso que lejos de agravar, si eventualmente se contempla el instituto de la reincidencia, debe serlo para atenuar la pena del reincidente, y tienen viejos desarrollos, porque muchas plumas del iluminismo penal han sostenido posiciones de este tipo, de que la reincidencia implicaba una menor culpabilidad.

La consideración de la reincidencia como atenuante, tampoco es en absoluto novedosa. Ya Tissot, autor que formó parte del movimiento iluminista, a mediados del siglo XIX sostenía que más que un agravante debería ser un atenuante, dado que el reincidente al recaer en el delito evidencia un menor grado

de resistencia a los impulsos criminales, que disminuye su libertad, resultando, en consecuencia, menos responsable por su delito.³⁴

Teoría de la Culpabilidad o de la Imputabilidad Disminuida.

Ahora bien, con pie en este antecedente, dentro de las posiciones o de las teorías que consideran a la reincidencia un elemento atenuante de la pena del segundo hecho, está la Teoría de la Culpabilidad o de la Imputabilidad Disminuida y según la cual la reincidencia es un hábito y obviamente el hábito, al actuar sobre la voluntad del sujeto, disminuye la libertad del sujeto, disminuye su capacidad de determinación, y por lo tanto disminuye su responsabilidad y esto lleva inexorablemente a que la reincidencia deba jugar como un atenuante para aquel que tiene esta libertad de decisión disminuida, porque en el reincidente existe siempre una presunción de libertad disminuida, lo que influye en la culpabilidad como estamento del delito, es decir en el reproche personalizado al autor por no actuar conforme lo indicaba la norma teniendo la posibilidad de hacerlo, pero esa posibilidad está sujeta lógicamente al ámbito de autodeterminación (libertad de decisión) del autor.

Teoría del Déficit de Socialización.

Una segunda teoría, dentro de este grupo de teorías que consideran a la reincidencia como una atenuante del reproche al autor, esta la referenciada por Patricia Ziffer, la Teoría del Déficit de Socialización, que considera que en el reincidente verdaderamente lo que hay es un déficit de socialización que no le es imputable al autor sino que en el peor de los casos puede ser imputable al Estado, y esto amerita, que al no poder cargarle este déficit de socialización que lo lleva a la recaída en el delito al autor, esto se refleje en que en la pena concreta que se le aplicará sea atenuada a raíz de esta circunstancia.

Desde el punto de vista normativo, como se desarrolló anteriormente en el punto del análisis sistemático de la regulación legal de la reincidencia, se justifica hoy en nuestro país la consideración de la reincidencia como agravante, ya que en una interpretación sistemática del artículo 41, con el impedimento de la libertad condicional previsto en el artículo 14 del Código Penal, se puede inferir de la

³⁴ Tissot: “Le droit penal étudié dans ses principes”, citado por Chichizola, “La individualización de la pena”, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1967, pág. 65. También referido por Zaffaroni y Sal Llargués, op. cit., pág. 350.

mayor estrictez en la ejecución de la pena para reincidentes y la necesidad de valorarla en todos los casos como un factor de agravación de la pena.³⁵

Patricia Ziffer postula, que “si se considera a la reincidencia como un problema relativo a la graduación de la culpabilidad, al valorar el reproche por el hecho ilícito, no debería existir ningún obstáculo para admitir a la reincidencia como el producto de un déficit de socialización no imputable al autor, y reflejar esto en la pena en forma tal que se compense la consecuencia gravosa que la reincidencia tiene para la ejecución de la pena.”³⁶

En el mismo sentido, Carina Lurati expresa, citando a tal autora, que la reincidencia podría eventualmente ser considerada como “un déficit de socialización no imputable al autor, de modo de reflejar ello como atenuante, compensando la agravación de la ejecución ya prefijada.”³⁷

Ziffer hace un planteo de que nuestro Código Penal, al regular la prohibición de la libertad condicional como parte de la ejecución de la pena, obviamente no podría luego utilizarse la reincidencia como una forma de agravamiento de la escala penal en función del art. 41 inc. 2, porque no solo el juez sino el propio legislador, no puede valorar doblemente en un sentido negativo el mismo instituto, por ello, si esto ocurre se estaría afectando el aspecto material del non bis in idem, de la prohibición de doble castigo, por realizarse una doble valoración de un mismo elemento.

Teoría de la mayor vulnerabilidad del autor.

Finalmente, entre las teorías que proponen una atenuación de la pena, está un último desarrollo, de Eugenio Raúl Zaffaroni que cambia su posición, ya con su último manual y antes de su segundo tratado, el Manual de Derecho Penal Parte General, obra que desarrolla junto a los profesores Alagia y Slokar, considera que la reincidencia y el art. 14 de nuestro Código Penal son inconstitucionales y que si la reincidencia se regula, se prevé como una pauta de mensuración de la pena, como es el caso del art. 41 inc. 2, y es claramente una pauta atenuante de la

³⁵ Ziffer: “Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración”, pág. 113; en sentido similar: Lurati, Carina: “El sistema de pena única en el Código Penal Argentino”, pág. 235.

³⁶ Ziffer, en su comentario a los artículos 40 y 41, pág. 91.

³⁷ Lurati, op. cit., pág. 236.

determinación de la pena, porque existe en el reincidente una menor culpabilidad por una mayor vulnerabilidad no imputable al autor.

Zaffaroni, construye un concepto de culpabilidad que se integra con la culpabilidad pura, es decir el reproche por el acto, sumado a un correctivo, que es la culpabilidad por la vulnerabilidad. De esta síntesis, surge el concepto de culpabilidad en sus nuevos desarrollos de la Teoría del Delito. La culpabilidad por la vulnerabilidad, es un correctivo que se construye a partir de la incorporación a la función teórica de datos que arroja la realidad, y un dato de la realidad es la selectividad del sistema penal. En esta línea de pensamiento, la selectividad del sistema penal y la “prisionización” e incluso las condiciones de la prisión profundizan esa vulnerabilidad. La incorporación de los datos de la realidad del sistema, determina que el sistema penal es selectivo, que la mayoría de personas que están en la cárcel han sido seleccionadas y por lo tanto, en general, son más proclives a encontrarse en una situación concreta de vulnerabilidad asimismo están consideradas vulnerables de acuerdo con las reglas de Brasilia.

La particularidad de los presos, afirma Zaffaroni, es que presentan una doble característica de vulnerabilidad, por un lado son vulnerables porque pertenecen a la población carcelaria y son vulnerables porque han ingresado por su condición de vulnerabilidad y en función de la selectividad del sistema.

Esta selectividad del sistema y la prisionización produce un deterioro en la persona provocada por la propia intervención del sistema punitivo, ósea, el poder punitivo reduce la capacidad de comprensión de la antijuridicidad por efecto precisamente de tratarse de personas más vulnerables, por tanto, al haber menos comprensión de la antijuridicidad es menor la culpabilidad de quienes recaen en el delito y esto debe llevar como consecuencia a una atenuación de la pena.

El deterioro que provoca la intervención del propio sistema por vía de la selectividad y la colocación de la persona en una situación concreta de vulnerabilidad es consecuencia y termina generando la comisión de un nuevo delito porque produce como efecto una reducción del ámbito de autodeterminación de la personas y por lo tanto, una reducción de culpabilidad del agente, por ello concluye Zaffaroni que en el Código Penal Argentino, las reincidencias, con las referencias de la reincidencias del artículo 41 inc. 2 se pueden tener en cuenta, en la medida que se entienda que las reincidencias en las que había incurrido el sujeto, como pauta de disociación de la pena, se valorarán sólo a los efectos de disminuir o atenuar la pena.

También refiere que la prohibición del artículo 14 debe suprimirse, derogarse, porque es absolutamente inconstitucional, como lo sostuvo la Corte en el caso Gramajo, referido a la constitucionalidad del artículo 52 y la consecuencia allí prevista, que es la reclusión por tiempo indeterminado.

Por otra parte, para hacer una referencia a la cuestión de la reincidencia, en su último libro “Lineamientos del Derecho Penal”, el Dr. Zaffaroni considera que el régimen previsto en el artículo 50 es un régimen que puede llevar a consecuencias irracionales, porque al consagrar un sistema de reincidencia genérica puede ocurrir que una persona que ha sido condenada por librar un cheque sin fondo, supongamos que por una cuestión X termina recibiendo una condena efectiva y cumple un tramo de la pena, si luego esa persona comete en determinado plazo un homicidio calificado obviamente no va a poder obtener la libertad condicional, porque el artículo 14 impide la libertad condicional para el reincidente, aunque también ahora ha agregado el homicidio calificado, una lista de delitos que tienen cómo obstáculo la posibilidad de obtener la libertad condicional. Sin embargo, esa persona que libra un cheque sin fondo y que por una circunstancia determinada tiene que llegar a cumplir una pena efectiva, hipótesis no muy sencilla, porque eventualmente no es común que por la provision de un cheque sin fondo una persona termine presa, se plantea una irracionalidad, que supondría que una persona en esas mismas condiciones, comete un genocidio, un día antes de haber sido notificado de la primer sentencia y puede obtener la libertad condicional, porque por ese delito del libramiento de cheques, o bien no cumplió pena parcialmente, o bien el hecho lo cometió con una diferencia de tiempo muy pequeña que no dio la posibilidad de ser condenado a prisión y recibiendo tratamiento penitenciario (encerrado) sino que además las circunstancias de que nuestro artículo 14, prevé los homicidios calificados cómo delitos que impiden la libertad condicional, pero no prevé el genocidio.

El genocidio, en nuestra legislación ley 26.200 tiene pena perpetua si resultare la muerte de las víctimas y tiene pena temporal de 25 años si no resultare la muerte, de modo que el condenado por el genocidio podría obtener la libertad condicional cumplidos los dos tercios de la condena, si se da la hipótesis de la pena temporal porque no se provocó el resultado muerte, o podría obtener el beneficio a los 35 años, si hubo pena perpetua en el caso de un genocidio con resultado muerte. Pero aquel otro, que fue encerrado por librar un cheque sin fondo y luego de cumplir un

tiempo de pena efectiva, comete un genocidio o un homicidio, esa persona no va a poder obtener nunca la libertad condicional.³⁸

Para terminar, con el desarrollo explicativo de las distintas posiciones que han intentado justificar la implementación del instituto de la reincidencia a lo largo del tiempo, no se puede dejar de referenciar que las plumas más importantes del pensamiento iluminista en general se pronunciaron contra el instituto de la reincidencia, la matriz discursiva liberal se enfrenta permanentemente con una matriz discursiva inquisitiva.

El código penal toscano del año 1786, en su artículo 57 establecía expresamente que agotada la pena no podrá ser considerados cómo infames para ningún efecto y nadie podrá jamás reprocharles su pasado de aquellos cuyo delito se considera plenamente purgado y espiado con la pena que han sufrido. Es decir, el código toscano era contundente en el sentido que bajo ningún punto de vista, el delito anterior o la pena sufrida podía habilitar ninguna consecuencia de ningún tipo ni mucho menos la declaración de reincidente, una consecuencia agravante.³⁹

Pagano, autor del iluminismo napolitano, decía que la pena cancela y extingue el delito y el condenado que la ha cumplido se convertirá en inocente no pudiéndose incomodar al ciudadano por aquel delito cuya pena ya ha cumplido. En el mismo sentido Morelli, sostenía que debía castigarse a cualquier persona que osare recordar públicamente las penas o los delitos sufridos en el pasado a causa de delitos precedentes. Tissot, como hemos mencionado, sostenía que la reincidencia demuestra un grado menor de los impulsos que llevan al delito y que precisamente ese grado menor de resistencia a los impulsos es lo que permitía justificar si se admitía en la reincidencia un supuesto de atenuación de la pena. En el mismo sentido Mittermayer, decía que es el estado el que debe cargar con la culpa de quien incurre en la reincidencia y finalmente Carmigniani, maestro de Francesco Carrara, decía que con la primera pena el delito anterior fue totalmente pagado, por ello es inadmisibles agravar el segundo delito a causa de la reincidencia.⁴⁰

³⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Lineamientos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2020, p. 220 y ss.

³⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, ob cit, pág. 177 y ss.

⁴⁰ Erbetta, Daniel A, *Clase de Fundamentos del Derecho Penal*. Posgrado de Especialización de Derecho Penal. UNR. 2019.

En consecuencia, luego de este recorrido por las teorías más importantes o influyentes en cuanto a la fundamentación de la reincidencia, podemos observar que no existe una sola teoría que no termine apelando, ya sea por vía de la peligrosidad, por vía de culpabilidad o por vía del injusto, a los efectos de agravar el segundo delito, al primer delito. Ese primer delito, que ya se pagó plenamente, de modo que ese primer delito, vuelve a ser valorado a los efectos de agravar la pena por el segundo, y ello, además de violentar muchos principios constitucionales, constituye una violación imposible de justificar a la prohibición del non bis in idem, es decir a la prohibición de doble punición, situación muy difícil de sostener en un sistema penal democrático y de acto que debería primar en nuestros tiempos.

VI.- Principales fallos jurisprudenciales de nuestro país vinculados al instituto de la reincidencia

A continuación, se desarrollará como último tópico temático del presente trabajo, un breve análisis de los fallos más resonantes relacionados con los diferentes aspectos y exigencias legales de la declaración de la reincidencia y sus consecuentes resoluciones, en vistas a la constitucionalidad del instituto, a los fines prácticos del presente, se agrega un apéndice jurisprudencial del trabajo al final del mismo, en el que los eventuales lectores, puedan acceder a los fallos completos que trataremos a continuación.

Cuestión de la Prisión Preventiva como cómputo para la reincidencia. Fallo Manini.⁴¹

En cuanto al tema de la prisión preventiva, además de ser de interpretación mayoritaria de la doctrina, la prisión preventiva no puede dar lugar, por vía analógica, a considerar que se ha cumplido pena, y por lo tanto la declaración de reincidencia y así fue resuelto por la CSJN en el conocido caso Mannini, claramente desechó la posibilidad de que pudiera tomarse en cuenta la prisión preventiva a los efectos de la declaración de reincidencia.

Concomitante con ese fallo, se planteó el tema en nuestra Provincia de Santa Fe, y allí la Corte Suprema de la Provincia, en el caso Baron⁴², también por

⁴¹ CSJN “Mannini, Andrés Sebastián” M. 619. XLII. RHE 17/10/2007 Fallos: 330:4476.

⁴² “Baron, Andres Roberto y Baron, Cristian -robo calificado- s/ recurso de inconstitucionalidad”, 19/03/2008.

mayoría, resolvió que bajo ningún punto de vista el encierro en prisión preventiva puede tenerse en cuenta a los efectos de la declaración de reincidencia.

Sería insostenible, intolerable e inaceptable, que no existiera un cómputo, respecto de quien cumplió prisión preventiva a cuenta de la pena que debe cumplir luego de condenado, porque esto implicaría casi como hacerle cumplir doblemente la pena, de modo que estas circunstancias del cómputo previsto legalmente no habilita bajo ningún punto de vista a romper con el principio de legalidad y a considerar que la prisión preventiva es un encierro, que luego incluso, se equipara la pena, por vía del cómputo y que por lo tanto puede dar lugar a la declaración de reincidencia.

Cuestión de la prisión domiciliaria para el cómputo de la reincidencia. Fallo Gasparri.⁴³

Otros temas que se han planteado en la jurisprudencia, por lo menos en nuestra provincia, tienen que ver con la cuestión de ¿qué ocurre a los efectos de la reincidencia, cuando la persona ha cumplido pena en prisión domiciliaria, y agota la pena en prisión domiciliaria?

En la Corte de Santa Fe, hubo un caso reciente, el caso Gasparri, en donde también por mayoría, se termina confirmando una decisión del Colegio de Jueces de Segunda Instancia, por la cual se considera que el cumplimiento de pena en prisión domiciliaria, en detención domiciliaria es un cumplimiento de pena, como cualquier otro y que por lo tanto, da lugar y puede ser tenido en cuenta a los efectos de la declaración de reincidencia.

El argumento es que la prisión domiciliaria prácticamente se otorgó en beneficio del propio condenado y que el agotamiento de la pena, en esas condiciones, habilita frente a la comisión del nuevo delito la declaración de reincidencia. La minoría de la Corte, consideró que esto no es así, es que una interpretación de este tipo, se aparta completamente de los fundamentos del sistema de reincidencia en nuestro Código Penal.

Esos fundamentos están en la exposición de motivos del fallo y claramente se dijo que se cambiaba el sistema de reincidencia ficta, por el sistema de reincidencia real, cumplimiento total o parcial de pena, en base a la teoría de Francesco Carrara,

⁴³ “GASPARRI, Ricardo Victorio”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 5/6/17. Tribunal: Dres. Salvador – Alonso – Llaudet.

de la insuficiencia de la pena cumplida, como hemos desarrollado precedentemente.

Por lo tanto, si no hubo tratamiento penal, porque el condenado estuvo en prisión domiciliaria, obviamente mal puede considerarse el cumplimiento de pena en detención domiciliaria a los efectos de la reincidencia, porque sería una interpretación irrazonable en tanto y en cuanto, iría contra los fundamentos de la propia normativa. La ley es un texto, pero la ley también debe interpretarse en función de un contexto, de sus fundamentos y por lo tanto, en esta interpretación no puede desconocerse cuál es la razón de ser de la consagración de la reincidencia real.⁴⁴

Una situación similar se planteó, también en nuestros tribunales, en el caso Benítez ⁴⁵ del año 2015, donde se dieron exactamente los mismos argumentos de mayoría y de minoría por una persona que había cumplido pena en una comisaría, no había cumplido pena y no había sido sometida al tratamiento penitenciario y también la Corte allí se dividió, y la posición de mayoría terminó confirmando la declaración de reincidencia, por considerar que cualquiera sea el lugar, se había cumplido pena y este cumplimiento de pena habilitaba la declaración de reincidencia.

Cuestión del cumplimiento parcial de la pena. Fallo Gómez Dávalos.⁴⁶

Como otra cuestión problemática que se genera con el instituto de la reincidencia, está el tema vinculado al entendimiento del cumplimiento parcial, es decir que nuestra reincidencia, nuestro sistema, habilita la declaración cuando la persona ha cumplido total o parcialmente la pena, como mencionamos al principio del presente trabajo.

Cuando hay cumplimiento total de la pena no hay ninguna duda. El problema se planteó desde un origen, ¿Qué se entiende por cumplimiento parcial? ¿Cuál es la entidad de cumplimiento que habilita a dar por satisfecho este requisito fundamental, de este sistema de reincidencia real, que es el cumplimiento parcial de pena?

⁴⁴ Erbeta, Daniel A, *Clase de Fundamentos del Derecho Penal*. Posgrado de Especialización de Derecho Penal. UNR. 2019.

⁴⁵ “Benítez Alvarez, Carlos Esteban s/recurso de casación”, 20/11/2012.

⁴⁶ “Gómez Dávalos, Sinfiorano s/ Recurso de Revisión”, CSJN; 16 de Octubre de 1986. Fallos:308:1938.

En vigencia de la ley 23.057, hay un precedente de la CSJN donde se pronuncia en la validez constitucional del Art. 14 del CP y es el fallo “Gómez Dávalos”.

El caso es el siguiente: Gómez Dávalos fue condenado en función del régimen anterior de la reincidencia, estando firme la sentencia, se plantea una revisión porque Gomez Dávalos no había cumplido los dos tercios de la pena y se entendía que como se había reformado la ley, y se exigía el cumplimiento total o parcial de pena, este cumplimiento parcial debía tener según el recurrente una entidad mínima de dos tercios de la pena conforme al art. 13 del CP, y como no se había concretado, pedían que se anulara la sentencia.

La Corte, recoge un criterio, institucionaliza la “teoría del desprecio por la pena sufrida” o de “la enemistad o rebeldía al derecho”, se justifica la reincidencia por la mayor culpabilidad del condenado, entonces dice, que actualmente la reincidencia se sustenta por el desprecio que manifiesta por la pena, quien pese a haberla sufrido, vuelve a recaer en el delito, entonces existe una mayor culpabilidad del segundo hecho en función de que este segundo hecho manifiesta una suerte de insensibilidad o desprecio de la pena sufrida anteriormente y a pesar de haber interiorizado las consecuencias del encierro el reincidente, fue insensible y el tratamiento penitenciario fue insuficiente, por lo tanto, no se viola el principio de culpabilidad.

Y luego agrega, no existe violación del ne bis in idem porque este principio no le impide al legislador tener en cuenta la anterior condena sufrida como un dato objetivo a los efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario en el hecho que motiva la declaración de reincidencia, de quien ha experimentado el encierro y no obstante ello, reincide mostrando su insensibilidad.

En conclusión, la doctrina de la Corte, en este fallo de 1986, es la siguiente: mayor culpabilidad, justificación de la reincidencia, no violación del non bis in idem, porque precisamente impedir la libertad condicional esta dentro de las facultades del legislador de proporcionar una herramienta de ajuste del tratamiento penitenciario respecto de quién habiendo experimentado las consecuencias de la prisión, vuelve a recaer en el delito, lo cual por otra parte denota cierta insuficiencia en el tratamiento penitenciario anterior, y de esta manera se hace este ajuste en la etapa ejecutiva de la pena, impidiendo la libertad condicional del reincidente, la Corte lo que dijo fue: “a los efectos del cumplimiento parcial, alcanza con que el condenado haya experimentado las consecuencias del encierro, independientemente con la duración que ese encierro tenga”.

Después de Gómez Dávalos, la Corte se vuelve a pronunciar sobre la cuestión de la reincidencia. En 1988, hay varios fallos al respecto, uno de ellos es importante porque junto con este fallo van a ser referenciados más recientemente por la Corte actual.

Todos estos casos son importantes, porque la Corte vuelve a repetir lo de la mayor culpabilidad por el desprecio por la pena cumplida y del ajuste del tratamiento penitenciario en los casos Valdez (1988) y en Gelabert (1988). Allí también, vuelve a repetir la Corte que respecto del cumplimiento parcial, independientemente de la duración del encierro, lo importante es que el sujeto haya experimentado e internalizado las consecuencias de la privación de la libertad para considerar que hubo cumplimiento parcial.

En la doctrina es muy conocida la primera posición de Zaffaroni, quien sostuvo que era necesario buscar una pauta normativa para tratar de encontrar un fundamento, en la propia legislación, que permitiera sostener un cumplimiento parcial con efectos de los que prevé la ley y consideró que esa pauta normativa surgía del artículo 13 del Código Penal relativo a la libertad condicional. Entonces ¿Cuándo un cumplimiento parcial de pena es relevante para la ley Argentina?

Sostiene Zaffaroni, que en el artículo 13 del CP, la ley regula un cumplimiento parcial de pena y le asigna efectos relevantes, que es cuando regula la libertad condicional. Este artículo fue modificado pero sigue siendo dos tercios en las penas temporales, ahora 35 años (antes eran 20) en las penas perpetuas, y ocho meses o un año (según sea prisión o reclusión) en las penas menores a tres años. Entonces sostiene, que esta debe ser la entidad que debe adjudicarse a la referencia cumplimiento parcial contenida en el artículo 50, por lo tanto en las penas temporales, habrá que habilitar a la declaración de reincidencia un cumplimiento de cuanto menos dos tercios de la pena, en las penas perpetuas 20 años ahora 35 (más allá de la discusión en torno a la constitucionalidad o no de este plazo), y en las penas menores de tres años como la libertad condicional se obtiene a los ocho meses o el año según la prisión o reclusión (más allá de la discusión respecto a si subsiste la pena de reclusión en nuestro derecho), hay que aplicar también dos tercios, de los ocho meses del año, a los efectos de tener un cumplimiento parcial de cierta entidad.

Zaffaroni ha variado su posición en su última obra “Lineamientos de Derecho Penal”, allí él considera que a los efectos del cumplimiento parcial para habilitar la declaración de reincidencia, debe tratarse de un cumplimiento conforme

al régimen de progresividad que regula la ley 24.660, y dentro del régimen de progresividad, la persona debe haber superado el periodo de tratamiento de acuerdo al artículo 14, es decir que la persona debe haber entrado en el período de prueba, regulado en el artículo 15, que establece una entidad temporal de la mitad de la pena en las penas temporales, 15 años en las penas perpetuas, y si bien la reclusión por tiempo indeterminado, declarada inconstitucional en el fallo Gramajo por la Corte Nacional, establece tres años en los casos de reclusión accesoria por tiempo indeterminado, de acuerdo al artículo 52, por cumplimiento parcial, debe entenderse un cumplimiento cuya entidad sea suficiente para demostrar la ineficacia de la pena sufrida y de su ejecución, de modo que resulta absolutamente irrazonable, cualquier interpretación que pretenda asignarle a esa entidad de cumplimiento parcial, al cumplimiento de unos días, de un mes o de dos meses, porque precisamente, el fundamento de la reincidencia real en nuestro derecho, es la insuficiencia de la pena cumplida, es decir, el fracaso del tratamiento penitenciario, de modo que el piso mínimo es la posición actual de Zaffaroni, el piso mínimo para hablar del cumplimiento parcial, es necesario vincular, inevitablemente por el fundamento del artículo 50, el cumplimiento parcial al régimen de la progresividad y al tratamiento penitenciario.⁴⁷

Validez o invalidez constitucional de la reincidencia o eventualmente de las consecuencias agravantes de ella. Fallo Gramajo.⁴⁸

El precedente para comprender esta cuestión es “Gramajo” de la CSJN, en el cual la Corte debió pronunciarse sobre la constitucionalidad o no del art. 52, de la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena en los casos de multirreincidencia.

Además debe tratarse por su incidencia en torno al art. 14, de la prohibición de libertad condicional para los reincidentes por la propia condición de reincidente.

La ley 23.057, limitó la aplicación de la consecuencia prevista en el art. 52 a dos supuestos de multirreincidencia y además modificó el fundamento de la peligrosidad del sujeto por los fundamentos para la condenación condicional del art. 26 CP.

⁴⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Lineamientos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2020, pág 212 y ss.

⁴⁸ Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa -Causa N° 1573-

En el art 53, que continuó intacto, allí se hace referencia al peligro que el multirreincidente representa para la sociedad, es decir que una de las condiciones para dar esta libertad condicional a los 5 años de cumplida la accesoria, era que la persona no representara un peligro para la sociedad.

En el año 2001, en un caso que también trató la Corte, el caso Sosa, Marcelo Claudio, en el que se pronuncia confirmando la validez constitucional de la reclusión por tiempo indeterminado, prevista en el art. 52 y aplicable a los multireincidentes, es un fallo algo contradictorio, donde se utilizan argumentos ambivalentes, se dijo que era válida la aplicación del art 52, porque la inconsecuencia del legislador no se admite, la legitimidad de las leyes se presume y a partir de allí la Corte sostuvo que era clara la adopción en el Código Penal de la diferencia entre penas y medidas de seguridad y que en este caso se estaba regulando en el art. 52, no era una pena sino una medida de seguridad postdelictual para delincuentes peligrosos.

Con respecto a esta cuestión, refiere Erbeta, que en primer lugar, nuestro Código adoptó el esquema de la escuela dualista de política criminal de Liszt, es decir, no hay duda respecto a esta diferencia en cuanto a los inimputables, las medidas curativas, las medidas de seguridad que necesitan un tratamiento de salud.

49

En esta línea de pensamiento, una cosa es la pena que se aplica sobre la base de la culpabilidad y otra es la medida de seguridad, sobre la base de seguridad. La pena, tiene como fundamento la culpabilidad y como finalidad la resocialización, en cambio cuando se quiere tratar la peligrosidad, la finalidad es neutralizar al peligroso para que la sociedad pueda defenderse, este es el fundamento que da la Corte en el 2001 en el caso Sosa, de modo que considera que no existe una lesión al principio de culpabilidad porque al existir una distinción entre pena y medida de seguridad postdelictual para peligrosos ambas cosas son distintas y al ser distintas, los principios constitucionales aplicables a la pena no lo son para las medidas de seguridad.

Claramente, este es un criterio peligrosista, porque se dice que el art. 53 habla de peligro para la sociedad, pero por otro lado, se deja sin efecto la pauta

⁴⁹ Erbeta, Daniel A, *Clase de Fundamentos del Derecho Penal*. Posgrado de Especialización de Derecho Penal. UNR. Rosario, año 2019.

normativa prevista en el art. 52 cuando dice que puede no aplicarse, por única vez, la pena de reclusión por tiempo indeterminado fundada no en la peligrosidad sino en las razones previstas para la condenación condicional, lo que no implica ningún criterio peligrosista.

En otras palabras, no toma en cuenta el criterio del legislador del año 1984, pero sí toma en cuenta las pautas normativas vinculadas a los orígenes del código y al art. 53 para decir que es una medida de seguridad postdelictual y que se aplica a un culpable peligroso, pero termina siendo una posición normativista al extremo.

¿Qué es normativizar? Significa que las cosas no tienen valor por sí mismas, esto es, no tienen existencia en el mundo real sino que existen porque el Derecho les asigna una función, por lo tanto para un normativista no habría ningún inconveniente en sostener que pena y medida de seguridad son cosas distintas, aún cuando sean lo mismo. Más allá que se cumplan de la misma manera y se sometan al mismo régimen, son cosas distintas porque el Derecho les asigna una función distinta.⁵⁰

La pena es distinta a la medida de seguridad, diría un normativista, porque la pena cumple una función, dirigida al culpable (de acuerdo al Derecho) mientras que la medida de seguridad cumple otra función que es neutralizar la peligrosidad, por lo tanto no importa si son lo mismo lo que importa es la función, porque es la función que la norma le adjudica a cada ente real (o sea desde este punto de vista podría avalarse la postura de la Corte en el caso Sosa). Pero además, la Corte dijo en Sosa que no había violación al Principio de Doble Punición (nes bis in ídem) porque en última instancia lo que se estaba tomando en cuenta era el desprecio mostrado por el delincuente en el último hecho, quien pese a haber sufrido penas anteriores con el último hecho demostraba una mayor culpabilidad, entonces, siguiendo la Teoría de la Mayor Culpabilidad, que ha sido posición dominante, se sostenía que no había doble punición del hecho al cual se aplicaba la reclusión accesoria por tiempo indeterminado ya que no se tomaban en cuenta los delitos anteriores sino que lo que se hacía era un ajuste del tratamiento penitenciario, necesario en función de la mayor culpabilidad que el sujeto evidenciaba.

Además dijo, la reincidencia funciona igual en el art. 41 inc. 2 y en el art. 52, ósea los casos de multirreincidencia, porque en ambos casos lo que proporciona es

⁵⁰ Erbetta, Daniel A, *Clase de Fundamentos del Derecho Penal*. Posgrado de Especialización de Derecho Penal. UNR. 2019.

un pronóstico, una prognosis de caída en el delito que los jueces deben evaluar no solo al momento de determinar la pena o el quantum sino también al momento de determinar el modo de ejecución.

Acto seguido, como dato a tener en cuenta, cambió la Corte con nueva integración, estaban los Dres. Petracchi, Fayt, Maqueda y se sumó Highton de Nolasco, Argibay, Zaffaroni y Lorenzetti, y en el año 2006 vuelve a pronunciarse sobre la cuestión.

El mismo Tribunal Oral que había declarado la inconstitucionalidad del art. 52 y cuyo fallo había sido anulado en el caso “Sosa” por la Sala 3 de la Casación, en el caso “Gramajo” vuelve a intervenir el mismo Tribunal Oral y la misma Sala de la Casación, pero en esta ocasión la Sala declara nuevamente la “validez constitucional del art. 52”, llega el caso a la Corte y ésta se pronuncia en “Gramajo” (año 2006).

En el año 2005, se había dictado un fallo muy relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que es el caso “Fermín Ramírez”⁵¹, donde se hace un desarrollo bastante extenso sobre la incompatibilidad de los criterios peligrosistas, o sea de la peligrosidad criminal con los principios constitucionales democráticos. Allí, la CIDH no solo dice que la peligrosidad es incompatible con un derecho penal de acto y fundado en el principio de la culpabilidad sino que además es un juicio de valor arbitrario porque carece de toda base científica, es un cálculo probabilístico que puede llevar a una conjetura o a un resultado especulativo, pero que nunca puede con bases científicas sostenerse, es decir, que no se puede saber qué es lo que va a hacer una persona el día después. Lo que puede haber es un cálculo de probabilidad si uno toma una cantidad de personas y hace un cálculo probabilístico de recaídas en el delito, pero no se puede saber cuál de ellos recaerá nuevamente en el delito, de modo que no es un criterio que en términos empíricos permita dar basamento a ninguna decisión de tipo jurisdiccional. El Derecho Penal no puede basarse en presunciones, en ficciones o en conjeturas, tiene que tener bases realistas y la peligrosidad no tiene ningún asidero científico.

La CSJN, en el caso “Gramajo” revierte totalmente su posición en Sosa y declara la inconstitucionalidad del art. 52 de CP, esto tiene importancia no sólo en cuanto a la resolución estricta sino que este fallo se va a proyectar a la hora de

⁵¹ Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala Sentencia de 20 de junio de 2005.

analizar la validez o invalidez de la reincidencia y de las consecuencias agravatorias de la reincidencia simple.

La Corte en Gramajo, dice que no es una medida de seguridad sino que es una pena lo que el art. 52 consagra, es la pena de reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, por lo cual no hay ninguna duda, la discusión de si valen o no valen los principios constitucionales, por supuesto que valen, porque se trata de una pena, pero igual valdrían aunque se considerara una medida de seguridad porque no hay ningún motivo para excluir ni siquiera a las medidas de seguridad curativas de los principios constitucionales que condicionan la producción de leyes penales y su interpretación.

Es importante destacar, que cualquier consecuencia penosa o gravosa que derive de un delito o que eventualmente derive de una sanción, cualquiera sea la etiqueta que lleve, o de una consecuencia jurídica impuesta por la jurisdicción penal o incluso impuesta por una jurisdicción no penal, en la medida en que tenga que ver con una cuestión propia del Derecho Penal queda sometido a los principios constitucionales.⁵²

Volviendo al fallo Gramajo, la Corte lo fundamenta recogiendo los argumentos de “Fermín Ramírez” (CIDH) y determinando las siguientes razones:

1. **Histórica:** refiere que la pena de reclusión por tiempo indeterminado está tomada del Derecho Francés, no tiene nada que ver con las medidas de seguridad postdelictuales a las que nos referíamos precedentemente, de la Escuela Política Criminal de Franz Von Liszt, sino que su origen es la legislación francesa de 1883, una ley anterior, que consagraba la pena de relegación, en las Guayanas, la Isla del Diablo, y en nuestro país se prevé el cumplimiento de esta pena, en una suerte de deportación en el Penal de Ushuaia. Su precedente histórico entonces es el precedente de la “pena” (no medida), sino de la “pena de relegación” del Derecho Francés por lo tanto no hay ninguna duda de que estamos hablando de una “pena de reclusión por tiempo indeterminado”.

2. **Ontológica:** Es que ninguna diferencia existe entre esta pena y otra pena de libertad, la pena de reclusión por tiempo indeterminado se cumple en las mismas cárceles (el Penal de Ushuaia fue cerrado en 1947). Hay una sola distinción,

⁵² Erbeta, Daniel A, *Clase de Fundamentos del Derecho Penal*. Posgrado de Especialización de Derecho Penal. UNR. 2019.

que es que el art. 53 habla de cárceles federales, pero de hecho esto tampoco se respeta con otros presos federales y la reclusión se ha cumplido en cárceles provinciales, pero está sometido al mismo tratamiento penal y a lo sumo la única regulación que prevé la Ley de Ejecución Penal respecto del art. 52 CP es para alargar la posibilidad de tener un beneficio. Pero en concreto, no hay ninguna razón ontológica para distinguir entre una pena temporal y una pena de reclusión por tiempo indeterminado. Se trata de una pena de reclusión nada más que en este caso es por tiempo indeterminado y esto es lo que hace que se la cuestione.

3. **Legal:** En primer lugar, porque el hecho de que sea una accesoria, en realidad lo que es accesoria es la “condena” no la pena porque se aplica reclusión por tiempo indeterminado de la “última condena” pero el hecho de que sea accesoria no le quita el carácter de pena, también hay otras penas accesorias en el Código Penal y no por eso dejan de ser pena, que sea “por tiempo indeterminado” tampoco le quita a la reclusión el carácter de pena, que eran los argumentos que se daban: “esto no es una reclusión hay una diferencia entre la reclusión del art. 5 y la del 52, la del art. 5 es pena y la del 52 es distinta por ser por tiempo indeterminado, nada tiene que ver que sea por tiempo indeterminado porque la letra de la ley dice “reclusión”, en ningún lado dice “medidas” habla de “reclusión por tiempo indeterminado”.

En segundo lugar, es de importancia destacar que esta reclusión por tiempo indeterminado violenta varios principios de nuestra materia, como el principio de acto, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de persecución penal múltiple y de doble castigo y el principio obviamente de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes como ser las torturas que están consagradas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La naturaleza de la pena no cambia aunque se la quiera aplicar como accesoria o por tiempo indeterminado, la palabra “penado” del art. 18 CN “nadie puede ser penado sin un juicio previo”. Se aplica a cualquiera que sufra los efectos de una privación de la libertad, mucho más cuando la privación de la libertad es la misma y se cumple en los mismos establecimientos.

En el caso de “Gramajo” concretamente se lo condena por tentativa de robo simple a dos años de prisión y como consecuencias de reincidencias anteriores, por hechos que eran también de escasa lesividad porque sino nunca podrían haber dado lugar a la declaración de la multirreincidencia, se le aplica la reclusión por

tiempo indeterminado, de modo que por una tentativa de robo simple Gramajo iba a tener que estar dos años preso, sería la pena concreta de la tentativa de robo simple, más otros cinco años para tener acceso a la libertad condicional, ya llevamos siete años en total, más otros cinco años sin cometer ningún otro delito para que se le dé por agotada la pena (porque el art. 53 CP prevé esa posibilidad); o sea en definitiva por una tentativa de robo simple a Gramajo se le había aplicado una pena de doce años, una pena mayor que la prevista en el mínimo de un homicidio doloso.

Por ello, la Corte refiere que se lesiona el principio de proporcionalidad de las penas, por otro lado también refiere que para haber llegado a una pena de 12 años obviamente no se pudo haber tomado en cuenta el hecho cometido por Gramajo que era una tentativa de robo simple, ni siquiera se pudo haber tomado la mayor culpabilidad de ese hecho por el desprecio que mostró el sujeto por las penas anteriores, sino que necesariamente se tuvieron que tomar en cuenta los hechos anteriores y si se toman en cuenta estos hechos que ya fueron juzgados, penados y por los cuales Gramajo ya pagó, evidentemente se está violando el non bis in idem, esto es muy importante, porque es un razonamiento que hace la Corte en Gramajo y condiciona sin ninguna duda a la mayoría de la Corte a la hora de evaluar el tema de reincidencia, se realizó este razonamiento sobre una especie de la reincidencia (la multirreincidencia) y tranquilamente se podría pensar que la lógica indica que si se aplica este razonamiento a la especie se puede aplicar al género (la reincidencia), por eso es muy importante el fallo por cómo se va a proyectar en lo que diría la Corte respecto de la “reincidencia simple”. Lamentablemente nuestro control de constitucionalidad es muy débil, en el sentido de que vale para el caso, por lo tanto eventualmente el art. 52 sigue vigente y uno podría extrañarse que algún juez lo llegue a aplicar, de hecho pasó con posterioridad al año 2006.

Y finalmente, y no por ello menos relevante hay un detalle en el caso “Gramajo”, porque la Corte por mayoría dice todo esto, por tanto no tenía más alternativa que decir exactamente lo mismo respecto de la prohibición de la libertad condicional para los reincidentes y respecto de la reincidencia a futuro, sin embargo, un solo miembro de la Corte, el Dr. Petracchi, trató de diferenciar el problema de la multirreincidencia y el 52, de manera expresa del art. 50 (de la reincidencia simple). Esto es doblemente importante, porque si el único de todos los Ministros de la Corte trató de marcar la diferencia, para quedar a salvo y para preservar un futuro voto respecto de la reincidencia simple, fue Petracchi y los demás no adhirieron no tomaron los argumentos de Petracchi, no había ninguna

duda, en base a un razonamiento lógico, que iba a hacer la Corte cuando llegara un planteo de la “inconstitucionalidad de la reincidencia”.

Todos, menos Petracchi, iban a decir que la reincidencia es inconstitucional si lo pensamos bajo esta lógica, Petracchi allí refiere que el 52 es inconstitucional porque consagra un criterio de peligrosidad, que afecta el principio de reserva y el principio de proporcionalidad de las penas, es más agrega algo importantísimo, porque equipara la reclusión por tiempo indeterminado a una pena perpetua efectiva y la equipara a una pena de muerte, con lo cual incluso nos da una pauta interpretativa respecto de muchas disposiciones actuales del Código Penal, que llevan a la prisión perpetua para siempre, o sea efectiva, sin posibilidad de libertad condicional, lo que se conoce como pena de muerte en prisión.

Y Petracchi dice “nunca una consecuencia, por más gravoso que sea el hecho cometido, puede llevar a la supresión de la persona, a la eliminación de la persona de la sociedad” que es lo que pasa con la pena de muerte y las penas indeterminadas sin final, esta reclusión por tiempo indeterminado, puede eventualmente llegar a ello y por eso Petracchi la descalifica.

Sin embargo, dice una cosa es la “reincidencia simple” y otra cosa es la “reclusión por tiempo indeterminado” que se pretende apoyar en la peligrosidad del sujeto, que sin ninguna duda implica tomar en cuenta todos los delitos anteriores, no solamente el último en el que se aplica la pena de dos años, sino todos los anteriores para llevar a esta escala penal, pero algo muy distinto es la “reincidencia” y la posibilidad de que no hay libertad condicional para reincidentes, porque en la reincidencia simple no se está agravando o impidiendo en la fase ejecutiva de la pena un beneficio en base a la peligrosidad del sujeto, sino que en la reincidencia lo que hay es un caso claro de mayor culpabilidad del sujeto, lo que se está haciendo es un ajuste del tratamiento penitenciario porque el sujeto evidencia, con el nuevo delito, un desprecio por la pena sufrida anteriormente, muestra cierta insensibilidad, la advertencia no fue eficaz y requiere un ajuste del tratamiento penitenciario, que neutralice esa mayor culpabilidad a través de una agravación de la pena, que se impone al hecho en el que se lo declaró reincidente.

En cambio, en este caso a Gramajo ya esa mayor culpabilidad se le tuvo en cuenta cuando se le aplicaron los dos años, por la tentativa de robo simple, ahí se tuvo en cuenta que él había demostrado insensibilidad por las penas anteriores, entonces se le aplican los dos años, ahora yo no puedo aplicar una pena que exceda

esa mayor culpabilidad, al aplicar la reclusión por tiempo indeterminado estoy cayendo en la peligrosidad como fundamento del castigo, dice Petracchi.

A nivel provincial, hay que mencionar el caso “Noguera”⁵³, de diciembre del 2006, en donde el Fiscal no había pedido la reclusión por tiempo indeterminado y ya en ese momento, si bien no regía el Sistema Acusatorio, pero si primaba una norma en el Código Procesal Penal que disponía que el “juez no podía aplicar una norma más grave que la que solicitaba el Fiscal” y la Cámara declaró inconstitucional esa norma diciendo que “los jueces tienen facultades de graduar la pena en función del art. 41 del CP y que ninguna norma procesal puede limitarlos” aún no mediando pedido del Fiscal declaró la “inconstitucionalidad de la norma y aplicó la reclusión por tiempo indeterminado”, la Corte de Santa Fe declaró la “inconstitucionalidad del art. 52 y anuló el fallo”.

El tratamiento que ha tenido la validez o invalidez constitucional de la reincidencia por parte de la jurisprudencia argentina ha sido bastante variado. Más allá de que ahora se haya saldado la cuestión a nivel de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, han existido diversos fallos.

Casos influyentes en relación a la constitucionalidad o no del art. 14. Fallo Caetano Flores.⁵⁴

En este recorrido por los principales fallos, es importante destacar que se ha tratado de manera independiente el problema de la reincidencia como agravante por un lado, y por otro lado el problema del art. 14 del CP que regula la reincidencia como obstáculo para la obtención de la libertad condicional como beneficio en la etapa de ejecución de la pena.

La mayoría de los fallos se han dado en relación a esta última cuestión, muchos tribunales han declarado la inconstitucionalidad del artículo 14, incluso tribunales superiores. En muchas ocasiones, los tribunales superiores se han pronunciado frente a los planteos de inconstitucionalidad diciendo que no existe un agravio actual, porque se han hecho los planteos de manera anticipada, concluyen que deben hacerse cuando el agravio se concrete (cuando uno solicite la libertad condicional y le sea denegada), o bien han dicho que debe demostrarse cuál es el perjuicio concreto que la declaración de reincidencia le ha provocado.

⁵³ **Noguera, Roberto Adelino. s/ Recurso de Casación. 13/11/1998**

⁵⁴ CSJN “Caetano Flores, Elbio Ciriaco”, C. 595. XLIV, rta. el 10/8/2010.

También muchos tribunales, adhirieron al criterio de la innecesaridad de la declaración de reincidencia, la reincidencia sería un hecho cuyos efectos se producen automáticamente.

Siguiendo con el análisis de los fallos que incidieron sobre el instituto podemos mencionar otro fallo de la CSJN de importancia que es el fallo “Caetano Flores”, del año 2010. Se trata de un acuerdo abreviado que llega a la CSJN porque en el acuerdo no se había referenciado la cuestión de la reincidencia, y cuando se solicita la libertad condicional se le deniega porque los efectos de la reincidencia operan automáticamente, la mayoría de la Corte no se pronunció porque decían que el recurso carecía de fundamentación autónoma.

Zaffaroni disiente y refiere que en los sistemas mixtos existe un componente del sistema acusatorio, que tiene que ver con el principio contradictorio y con la imposibilidad de que se aplique una consecuencia más gravosa que la pedida por el fiscal, salvo manifiesta ilegalidad.

Por lo tanto, dice que este caso es más grave aún porque se trataba de un acuerdo y el juez tiene limitadas las potestades de individualización de la pena. En la medida que el acuerdo no sea irrazonable, ilegal o arbitrario, el juez está limitado, de modo que si en el acuerdo el fiscal no pidió la reincidencia ni dio la posibilidad de que se discutiera, obviamente esto constituye de parte del juez que luego deniega la libertad condicional una suerte de reformatio in peius, además de lesionar el debido proceso, el derecho de defensa y el principio contradictorio.

Entonces concluye que la reincidencia es un hecho agravante de la pena y por lo tanto debe plantearse, pedirse, discutirse, probarse y resolverse.

Influencia del dictamen del procurador en el fallo Gago.⁵⁵

En el 2006, la Corte en Gramajo como analizamos precedentemente, declara la inconstitucionalidad de la multirreincidencia, pero hace consideraciones respecto de la multirreincidencia que eran perfectamente válidas y aplicables a la reincidencia.

Pero esta perspectiva del año 2006, empieza a generar cierta duda porque en el año 2008 la Corte dicta el fallo Gago y este caso no estaba vinculado a un tema de reincidencia.

⁵⁵ Gago, Damián Andrés s/ causa n° 2175. 06/05/2008.

El objeto procesal en Gago, era la unificación de penas, si correspondía aplicar el sistema de la suma aritmética o el composicional, y allí la Corte se pronuncia por mayoría rechazando el recurso porque considera que carecía de fundamentación autónoma, por cuestiones más bien formales.

Se generan las disidencias de Lorenzetti y Zaffaroni, que postulan y defienden el criterio de unificación de penas que sostuvo siempre Zaffaroni, es decir, tomar el resto de la pena ya cumplida y compararla con la pena que se va a aplicar por el nuevo delito. Pero la mayoría de la Corte al rechazar, por estas cuestiones el recurso, remite al dictamen del procurador, quien dictaminó el rechazo del recurso.

En el último párrafo de su dictamen, el procurador dice “finalmente no está de más recordar que el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena y a pesar de ello reincide, demuestra su insensibilidad, ante la amenaza de un reproche de esa naturaleza, cuyos alcances conoce, ese desprecio por la pena anterior, se refleja en una mayor culpabilidad que autoriza una reacción más intensa, frente al nuevo delito”.

Es decir, el procurador en el caso Gago, cuando se estaba discutiendo la unificación de pena, en su dictamen, repite la doctrina de la Corte de Gómez Dávalós y reivindica la teoría de la mayor culpabilidad. La duda que se plantea es que la mayoría de la Corte, cuando rechaza el recurso, lo rechaza remitiendo al dictamen del procurador, por lo tanto esto generó ciertas dudas.

Por un lado tenemos el fallo Gramajo en el 2006, y luego en el 2008, resuelven un caso de unificación de pena y el procurador en su dictamen hace una referencia a la doctrina anterior a Gramajo y la Corte en su mayoría, salvo Zaffaroni y Lorenzetti, remiten al procurador que involucra ese párrafo.

El procurador, emite dictamen y la Corte lo toma y este incluía una referencia a la validación de la reincidencia de acuerdo a la teoría de la mayor culpabilidad, esto generó dudas, y a continuación en el 2013, llegan a la Corte dos casos, Alvarez Ordoñez⁵⁶ y Maciel⁵⁷. Aquí la Corte rechazó ambos recursos, no se pronunció sobre el art. 14, los rechaza por falta de fundamentación autónoma, y nuevamente en este caso, Zaffaroni hace una disidencia, y una referencia a dos cuestiones: 1) declara la inconstitucionalidad de la reincidencia, el art.50; y 2) declara la

⁵⁶ CSJN “Alvarez Ordoñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154. 05/02/2013.

⁵⁷ CSJN Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad. 05/02/2013.

inconstitucionalidad del art. 14, menciona como fallo similar en este sentido, el fallo “Herrera” de la Corte Provincial.

En cuanto a la inconstitucionalidad de la reincidencia, expresa que todos los intentos doctrinarios que han pretendido validar consecuencias gravosas para la reincidencia o para el reincidente no han sido satisfactorios, ninguno ha podido soltarse de su necesaria vinculación con el hecho precedente, de modo que en todas las teorías que han pretendido fundamentar una graduación de la pena del reincidente en base a una supuesta mayor peligrosidad, a una supuesta mayor culpabilidad, en base a un supuesto de reproche del injusto del segundo delito, cualquiera sea, para sostenerlo han tenido que ponderar el delito anterior, que ya ha sido juzgado, condenado y pagado, en consecuencia hay una clara violación al principio del “non bis in idem” porque es imposible agravar la pena del segundo hecho sin tener en cuenta el primero.

En cuanto a la inconstitucionalidad del artículo 14, Zaffaroni da dos argumentos importantes:

- 1) Dicho artículo, al impedir la libertad condicional, está perturbando el régimen de progresividad del régimen penitenciario y consecuentemente el principio de resocialización que es el objetivo de la pena, por lo tanto esto genera un obstáculo que impide que se complete el tratamiento penitenciario conforme a la ley por el sistema de la libertad anticipada y al impedirlo lo hace por una presunción, que es por el hecho de ser reincidente y ello agravado en que no se toma en cuenta si el interno haya cumplido perfectamente con el tratamiento penitenciario que le corresponde.
- 2) En segundo lugar, refiere que el mencionado artículo es de una grosera arbitrariedad porque es imposible de contextualizar en una interpretación que lo integre al sistema del art. 52 y 53; el art. 52 regula la multireincidencia, la reclusión por tiempo indeterminado, más allá de que la Corte haya dicho que es inconstitucional los arts. siguen vigentes y el art 53 prevé la libertad condicional para el multireincidente lo que sería una contradicción (la ley habilita la libertad condicional al multireincidente pero se la niega en el caso del reincidente) por lo que dice Zaffaroni, que también por este camino el artículo 14 puede descalificarse.

Finalmente, en el año 2014, la Corte se pronuncia en “Arévalo”⁵⁸ y por primera vez se refiere a la validez constitucional del art. 14, fallo válido para la cuestión de la reincidencia, remitiéndose al precedente “Gómez Dávalos”, la Corte remite a estos precedentes para validar el art. 14 considerando la teoría de la mayor culpabilidad por la insensibilidad de quien haya sufrido una pena justificando la reincidencia y la posibilidad de impedir la libertad condicional como una forma de ajuste en el tratamiento penitenciario, como consecuencia de la mayor culpabilidad del agente, sino que llamativamente la Corte remite a “Gómez Dávalos”, y llamativamente remite a “Gramajo”, al voto de Petracchi.

La CSJN, en ese caso estando ausente el Dr. Zaffaroni se pronunció respecto de la reincidencia. Básicamente, lo relevante de Arévalo es que la Corte remite a los dos precedentes de la década de los ochenta, Gómez Dávalos y Leveque, la teoría de la mayor culpabilidad y llamativamente remite a Gramajo.

Cuando todo hacía esperar que el razonamiento de Gramajo conduciría a un resultado similar para el caso del art. 14 y eventualmente del art. 50, la Corte remite a Gramajo pero no remite a los considerandos de la mayoría en Gramajo, sino que remite a los considerandos del Dr. Petracchi, es decir al único Ministro de la Corte que en el caso Gramajo había hecho la salvedad y había tratado de distinguir la situación del art. 50 en relación a la del art. 52, de modo de dejar a salvo una eventual opinión suya en el tema del art. 50 y el art. 14, como hemos mencionado precedentemente.

Es decir, que la contradicción es precisamente tomar los fundamentos del voto solitario o en minoría de Petracchi en Gramajo, si bien él concluía igual que la mayoría en la inconstitucionalidad del art. 52 hace una salvedad respecto del art. 50 (la reincidencia simple) y ello es tomado como precedente por la mayoría de la Corte para justificar la validez constitucional de la reincidencia en el fallo Arévalo, apelando a la teoría del desprecio y a la insensibilidad por la pena cumplida, y por lo tanto la demostración de una mayor culpabilidad y la no lesión del bis in idem, por lo tanto la prohibición de la libertad condicional en la etapa ejecutiva de la pena, en Arévalo, responde solo a un mayor rigor punitivo, frente a la necesidad de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario, de quien no pudo internalizar pese a haberla experimentado la consecuencia de una pena sufrida.

⁵⁸ “AREVALO, Martín S. s/Causa N° 11835”. A. 558. XLVI. RHE. CSJN. 27/05/2014. Fallos: 337:637.-

Arévalo obviamente no da cuenta de Gramajo, en cuanto a lo que fue la posición de la mayoría en dicho caso y los argumentos que se dieron para declarar la inconstitucionalidad de la multirreincidencia y de la reclusión por tiempo indeterminado.

Tampoco da cuenta del Fallo Manini, donde la CSJN dice que no hay posibilidad de declarar la reincidencia, o mejor dicho, la prisión preventiva no puede dar lugar nunca a la declaración de reincidencia por no tratarse de una pena.

Y con posterioridad a Arévalo, hubo otros dos casos, el último en el año 2019. Por ejemplo, el caso Fernández, ya con otra integración de la CSJN, se vuelve a pronunciar sin mayores argumentos con remisión a Arévalo, al disponer la validez constitucional de la reincidencia.

VII.- Conclusión

A modo de síntesis de este trabajo y analizando todos los ejes temáticos que hemos tratado, podemos mencionar que desde mucho tiempo atrás, el movimiento iluminista postulaba ya que la sanción del segundo hecho no se podía agravar en función del primero. Si bien con la escuela positiva italiana se produce una regresión político criminal en este sentido, ya que se reivindica el criterio de la peligrosidad y por ende de la legitimidad de la agravación de pena por reincidencia, este fundamento peligrosista hoy es insostenible de manera manifiesta, porque luego del fallo Fermín Ramírez de la Corte Interamericana no hay mucho más que hablar, la peligrosidad es una palabra prohibida pero además es incompatible con un Derecho Penal de acto y democrático.

Además desde una lógica kantiana, de moral kantiana, el que paga una deuda no la debe pagar dos veces, de modo que el que pagó por el primer delito debe pagar por el segundo delito más nunca en función del primero, porque estaría pagando dos veces.⁵⁹

Desde esta perspectiva, hoy también la mayoría de la doctrina alemana se pronuncia al respecto, de hecho en el Código Penal Alemán como mencionamos a lo largo del trabajo, se suprimió el instituto de la reincidencia. Para la doctrina alemana, estaba comprobado científicamente que la reincidencia constituía verdaderamente un síntoma de una menor capacidad de comprensión de la

⁵⁹ Erbetta, Daniel, *Proceso formativo de la teoría del delito*, UNR editora, Rosario, 2003.

antijuridicidad y consecuentemente un menor reproche y una menor culpabilidad, cuya consecuencia lógica era la atenuación de la pena.

Maier, Righi, Zaffaroni, Slokar, Alagia y Ziffer dan cuenta del estado actual de la doctrina argentina respecto del tema de la reincidencia y la prohibición de la libertad condicional que resultan verdaderamente muy difíciles de justificar en términos de constitucionalidad.

Bacigalupo, pone el acento en el principio de culpabilidad, toma un criterio de culpabilidad pura como reproche por el hecho cometido y en consecuencia ninguna referencia vinculada a un hecho anterior puede tomarse como parte del reproche por el hecho que se está juzgando y por el cual se va a condenar.

Como hemos mencionado a lo largo del trabajo, no hay duda que existe una grave violación al principio del non bis in idem porque cualquiera sea la teoría dogmática que se utilice, ya sea para justificar la mayor peligrosidad, culpabilidad o mayor contenido del injusto se debe apelar al primer hecho, el primer hecho debe revivir, debe incorporarse nuevamente en la ecuación para poder justificar ya una agravación específica de la pena.

Al principio de prohibición de doble punición, se le suma una clara violación en los supuestos de reincidencia, del principio de culpabilidad por el acto, es decir, el principio del acto y el principio de culpabilidad, ya que un derecho penal de acto nunca se pueden prever consecuencias agravantes fijas para una segunda punición, provenientes de una condena sufrida con anterioridad por un delito anterior. En otras palabras, proveniente de una condena ya sufrida por la cual ya se ha pagado, pues la culpabilidad del sujeto en aquel hecho, ya se tuvo en cuenta al momento de ser condenado por el primer hecho. El juicio de culpabilidad debe abarcar solamente el hecho cometido, ese último hecho será el objeto del juicio de reproche o del juicio de culpabilidad y ninguna otra circunstancia que no tenga que ver con el hecho cometido.

Según relata Ferrajoli, la condición de reincidente fue cuestionada por muchos ilustrados, mencionando que Pagano entendió que la pena “cancela y extingue íntegramente el delito y el condenado que la ha sufrido se transforma en inocente, por tanto, no se puede incomodar al ciudadano por aquel delito cuya pena ya se ha cumplido”, y que Morelly “llega incluso a pedir que se castigue a

quien osare recordar públicamente las penas sufridas en el pasado por alguien a causa de delitos precedentes.”⁶⁰

Por otro lado, la reincidencia nunca pudo soltarse de la idea de peligrosidad, la reincidencia es un concepto que nace de la mano de la idea de peligrosidad y con la escuela positiva italiana.

Nace de la mano de la terribilitá, de la peligrosidad social de Enrico Ferri, siendo ella además la fuente histórica de nuestro Código, aunque ello sea también es una paradoja histórica porque en un momento donde las cátedras eran dominadas por el positivismo penal italiano, paradójicamente los legisladores argentinos que sancionaron el código del 1921, puesto en vigencia en el 1922 el Código Penal argentino se sancionó en base al código de Baviera, al código de Feuerbach de neto corte liberal, pero obviamente no pudo apartarse a alguna influencia de la escuela de política criminal de Fran Von Litz, del propio positivismo y en alguna medida contempló criterios peligrosistas. El propio código de Tejedor, que es un código también hecho sobre la base del código de Baviera, tampoco pudo apartarse (fundamentalmente en el tema de la reincidencia) de las directrices de las leyes españolas.

Con respecto a la teoría de la mayor culpabilidad, en función de la insensibilidad, del supuesto desprecio de aquel que habiendo sufrido el encierro recae en el delito, razonamiento que toma la Corte en Gómez Dávalos, en Leveque, en Arévalo, es un planteo cuestionable porque la culpabilidad como elemento de análisis del delito implica en primer lugar la conciencia de la antijuridicidad del hecho cometido, en la que se funda el reproche personalizado al autor por actuar en contrario a la norma. Entonces ¿cómo se puede integrar en la conciencia de la antijuridicidad del hecho con el encierro sufrido por un hecho anterior que ya se pagó? Es decir, ¿cómo puedo comprender la mayor criminalidad o el mayor contenido de antijuridicidad del acto por el cual me van a declarar reincidente incorporando a la comprensión de esa antijuridicidad la circunstancia de un encierro anterior?

Pero por otra parte, la culpabilidad es un juicio de reproche personalizado, es el puente entre el injusto y el autor del delito. ¿Cuál es la culpabilidad? Es el reproche del injusto al autor, reprocho al autor del hecho por el hecho cometido. ¿Cuál es el objeto de esa reprochabilidad? El hecho cometido. Por lo tanto,

⁶⁰ Ferrajoli, Luigi: “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, pág. 507.

ninguna circunstancia ajena al hecho cometido y mucho menos un supuesto desprecio o insensibilidad por una pena sufrida anteriormente pueden formar parte del juicio de reproche. No puede haber ningún excedente de culpabilidad. La culpabilidad es la culpabilidad por el hecho, no existe un excedente de culpabilidad, existe un déficit de culpabilidad, en el funcionamiento selectivo del sistema, las condiciones de las cárceles, en cómo la cárcel deteriora, como aniquila la personalidad y como eventualmente frente a la recaída obviamente solo puedo concluir en una menor culpabilidad del agente.

Por lo tanto, no hay ninguna duda de que en esta teoría de la mayor culpabilidad lo que se introduce, o se suma en el juicio de reproche, es un elemento propio del derecho penal de autor, un elemento peligrosista, de todas maneras esto trae complicaciones en la interpretación, porque después del fallo Gramajo no se puede hablar de peligrosidad.

Pero además, si efectivamente fuera así, si habría un excedente de culpabilidad, si el segundo hecho implica una mayor culpabilidad, como la culpabilidad es un elemento del sistema de imputación, obviamente debe ser invocado y debe ser probado. Si se va a fundamentar un mayor rigor punitivo, una agravación de la pena, en un elemento delito, yo tengo que probar el elemento del delito y si ese elemento del delito es un mayor contenido de culpabilidad tengo que probar el mayor contenido de culpabilidad, por lo tanto tengo que invocar y probar en el proceso que efectivamente la pena sufrida por el hecho anterior ha generado una mayor culpabilidad por una supuesta insensibilidad o desprecio de quien la ha cumplido, de quien ha rechazado el valor admonitorio de aquella pena sufrida y a pesar de ello, de haber internalizado las consecuencias del encierro, vuelve a caer en el delito.

Así como el dolo, elemento del tipo, no se presume sino que hay que probarlo, tampoco existe la presunción de culpabilidad por lo tanto, no se puede afirmar que se va a fundamentar una graduación o un mayor rigor punitivo en un mayor contenido de culpabilidad que se presume iure et de iure por el solo hecho del dato objetivo de la pena sufrida anteriormente.

Pero además, hay otra cuestión, si efectivamente el segundo delito pone en evidencia la insensibilidad o desprecio por la pena anteriormente sufrida y hace que el sujeto tenga una mayor comprensión de la antijuridicidad del segundo hecho, o sea, sea más culpable, ¿porque a pesar de haber experimentado las consecuencias del encierro vuelve a reincidir? Entonces, ¿qué ocurre en la segunda, en la tercera, en la cuarta reincidencia, el tercer delito para la segunda reincidencia, el cuarto

delito para la tercera reincidencia, el quinto delito cometido para la cuarta reincidencia? Siguiendo este razonamiento, se estaría evidenciando cada vez un mayor contenido de culpabilidad del sujeto, es decir, a medida que el sujeto vaya reincidiendo, si es que su vida se lo permite, en un supuesto de multireincidencia obviamente estaríamos potenciando la culpabilidad.

Ahora bien, si siguiéramos este razonamiento caeríamos en la necesidad de legitimar el artículo 52, es decir que ese rigor punitivo que exige el mayor contenido de culpabilidad frente a una multirreincidencia termine prácticamente en una reclusión por tiempo indeterminado. Incluso fundar la graduación de la pena del segundo hecho en una supuesta actitud de desprecio por la pena sufrida solo se puede sostener apelando a algún criterio idealista, ya que basta conocer una prisión y las condiciones de la prisionización para que este pensamiento se desplome.

La pena se impone en tiempo lineal pero se cumple el tiempo existencial. La pena se impone en el tiempo del calendario, pero después se sufre y se vive el tiempo existencial, que es el de cada uno, con sus propias experiencias. Cualquier manualística a la que se apele va a dar cuenta de los distintos efectos negativos de la prisión, de modo que muy difícilmente alguien no pueda experimentar una actitud de desprecio y de insensibilidad.⁶¹

¿El fracaso del tratamiento penitenciario es sólo imputable al condenado? ¿Ese déficit es un déficit del propio condenado o es un déficit del Estado? O sea que frente al fracaso o a la insuficiencia de la pena anterior, como consecuencia de los defectos estructurales del sistema penitenciario latinoamericano, frente a un nuevo hecho insistimos con el mismo remedio, en lugar de cambiar el remedio vuelvo a repetir a aumentar la dosis de prisión.

Si nos ocupamos del art. 14, el mismo constituye un caso claro de bis in idem ya que este principio no solo implica una exacta duplicidad represiva para que se constituya una violación a la prohibición de doble punición sino que basta con que haya un plus de rigor punitivo, es decir que la sanción vaya más allá de lo que el hecho juzgado merece y esto es lo que ocurre en la reincidencia, porque cualquier mayor rigor punitivo que se agrega al castigo se funda en una consideración del hecho anterior y por lo tanto constituye una violación a este principio de jerarquía constitucional. Por otro lado, la aplicación literal del artículo 14 llevaría sin ninguna

⁶¹ Erbetta, Daniel A, *Clase de Fundamentos del Derecho Penal*. Posgrado de Especialización de Derecho Penal. UNR. 2019.

dudas a la pena de muerte en prisión, porque en caso de pena perpetua si yo aplico literalmente el artículo 14 estoy considerando la muerte en prisión, la muerte con paciencia. Esto también contraviene principios constitucionales como son la intangibilidad de la persona humana, la dignidad humana, el principio de proporcionalidad de las penas, la humanidad de las penas y fundamentalmente la prohibición de penas crueles o degradantes.

No hay ninguna duda que una interpretación literal del artículo 14 lleva la pena de muerte, cuando se trata de una pena perpetua. Por lo demás, y ya se dijo, es imposible no interpretar el artículo 14 en función del sistema del artículo 52 y 53.

Finalmente, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional, como el artículo 18 de nuestra Constitución, postulan como finalidad de la pena la reinserción social, el principio resocializador. No hay ninguna duda que el artículo 14 y el artículo 50 son contrarios al principio resocializador y que además el artículo 1 y el artículo 12 de la ley 24.660, que son leyes posteriores al artículo 14 consagran no sólo la resocialización sino el principio de progresividad, por el que la salida anticipada depende fundamentalmente del comportamiento y del tratamiento del condenado, por lo tanto no puede supeditarse a una condición derivada de una pena sufrida por un hecho que ya se ha pagado. Cabe destacar que no se puede olvidar el principio pro homine que postula siempre una interpretación más favorable a la vigencia de los derechos y el principio pro libertatis, en materia de derechos fundamentales y en especial en el caso de la libertad ambulatoria debe interpretarse las leyes del modo más amplio posible.

VIII.- Bibliografía

- CARRARA, Francesco: *“Programa de Derecho Criminal. Parte General”*, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Editorial Depalma, Bs. As., 1977.
- CHICHIZOLA, Mario I.: *“La individualización de la pena”*, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1967.
- D’ ALESSIO, Andrés J. (Dir.), *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- DIAS, Horacio, *Código Penal de la Nación argentina comentado. Parte General*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018.

- DONNA, Edardo Alberto e Iuvaro, María José: “Reincidencia y culpabilidad. Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal”, editorial Astrea, Bs. As, 1984.
- DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal: Parte Especial*: Tomo I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011.
- ERBETTA, Daniel, *Proceso formativo de la teoría del delito*, UNR, Rosario, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- KAUFMANN, Armin: “Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna”, traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Editorial Depalma, Bs. As., 1977.
- LATAGLIATA, Angel Rafael: “Contribución al estudio de la reincidencia”, Traducción de Carlos Tozzini, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1963.
- LURATI, Carina: “El sistema de pena única en el Código Penal Argentino. La unificación de penas y condenas y su máximo posible”, Editorial Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2008.
- MAIER, Julio: “Derecho Procesal Penal”, tomo I: Fundamentos, Editores del Puerto, 2º edición, 3º reimpresión, Bs. As., 2004.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, t. I.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Editorial Ediar, Bs. As., 1988.
- ZAFFARONI, Eugenio R, “La Reincidencia”, La Habana, 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 6ta ed. Edit. Ediar, Bs. As. 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SAL LLARGUÉS, Benjamín en su comentario a los artículos 50/53 en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial” dirigido por Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl y coordinado por Terragni, Marco Antonio, tomo 2 A, Editorial Hammurabi, 2da. Edición, Bs. As, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Lineamientos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura Básica del Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2020.

- ZIFFER, Patricia S. “Reincidencia, ne bis idem y prohibición de doble valoración”, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Director Esteban Righi, Editorial Ad Hoc, Año III, N° 7, 1997.
- ZIFFER, Patricia S. en su comentario a los artículos 40 y 41 en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial” dirigido por Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl y coordinado por Terragni, Marco Antonio, tomo 2 A, Editorial Hammurabi, 2da. Edición, Bs. As, 2007.

Apéndice jurisprudencial.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *fallo “Gómez Dávalos, Sinforiano s/recurso del revisión”*, sentencia del 16/10/1986, Fallos: 308:1938, firmado por los Ministros Severo Caballero, Belluscio, Fayt, Petracchi y Bacqué; disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-sinforiano-gomez-davalos-recurso-revision-fa86000675-1986-10-16/123456789-576-0006-8ots-eupmocsollaf>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *fallo “L’Eveque, Ramón Rafael p/robo”*, sentencia del 16/08/1988, Fallos: 311:1451, firmado por los Ministros Severo Caballero, Belluscio, Fayt, Petracchi y Bacqué; disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leveque-ramon-rafael-robo-fa88000759-1988-08-16/123456789-957-0008-8ots-eupmocsollaf>
- “Noguera, Roberto Adelino s/ recurso de casación”, 13/11/1998, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/superior-tribunal-justicia-local-misiones-noguera-roberto-adelino-recurso-casacion-fa98120056-1998-11-13/123456789-650-0218-9ots-eupmocsollaf>
- “Gasparri y Cía. S.A. s/ recurso de apelación - IVA”, 16/06/1993, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gasparri-cia-sa-recurso-apelacion-iva-fa93000237-1993-06-16/123456789-732-0003-9ots-eupmocsollaf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala”, sentencia del 20/06/2005; disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

- “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa -causa N° 1573”, 05/09/2006, disponible en:
<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gramajo-marcelo-eduardo-robo-grado-tentativa-causa-n-1573-fa06000367-2006-09-05/123456789-763-0006-0ots-eupmocsollaf>
- “Mannini, Andrés Sebastián s/ causa N° 12.678”, 17/10/2007, disponible en:
<http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CSJN/Reincidencia/MANNINI.pdf>
- “Caetano Flores, Elbio Ciriaco s/ recurso de casación”, 19/02/2008, disponible en:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/06/fallos45397.pdf>
- “Baron, Andres Roberto y Baron, Cristian -robo calificado- s/ recurso de inconstitucionalidad”, 19/03/2008, disponible en:
<http://bdj.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=28120>
- “Gago, Damián Andrés s/ causa N° 2175”, 06/05/2008, disponible en:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=6433571>
- “Benítez Alvarez, Carlos Esteban s/recurso de casación”, 20/11/2012, disponible en:
<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Ben%C3%ADtez%20%C3%81lvarez,%20Carlos%20Esteban.pdf>
- “Alvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154”, 05/02/2013, disponible en:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos35704.pdf>
- “Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad”, 05/02/2013, disponible en:
<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-maciel-marcelo-fabian-recurso-inconstitucionalidad-fa13000000-2013-02-05/123456789-000-0003-1ots-eupmocsollaf>
- “Arevalo, Martin Salomón s/ causa n° 11.835”, 27/05/2014, disponible en:
<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad->

[autonoma-buenos-aires-recuso-hecho-deducido-defensora-oficial-martin-salomon-arevalo-causa-arevalo-martin-salomon-causa-11835-fa14000077-2014-05-27/123456789-770-0004-1ots-eupmocsollaf](#)