

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REINCIDENCIA: DOS FALLOS EJEMPLARES

por Gustavo L. Vitale

SUMARIO: I. Los fallos comentados. II. Noción de “reincidencia” y condiciones legales. III. Efectos. IV. Sistema adoptado en Argentina. V. Fundamentos de la mayor severidad punitiva y críticas. VI. Ilegitimidad constitucional de la agravación de la pena por “reincidencia”. 1. Violación al principio de *culpabilidad por el hecho*: un caso de *derecho penal de autor*. 2. Violación al principio de *presunción de inocencia*. 3. Violación al principio *non bis in idem*. VII. Conclusión. Bibliografía.

I. Los fallos comentados.

En los casos publicados al final de esta nota, el Tribunal en lo Criminal Nº 1 de Necochea declaró la inconstitucionalidad de los arts. 50 y 14 del Código Penal, en cuanto agravan la situación punitiva del condenado declarado “reincidente” (con los excelentes votos mayoritarios de los jueces Mario A. Juliano y María Angélica Bernard).

De la lectura de los fallos, surgen los fundamentos centrales: “la reincidencia resulta ser un instituto que abrevia en el derecho penal de autor y que, como tal, colisiona con los principios basilares de nuestra Constitución ... el reincidente demuestra con los hechos ser mas ‘vulnerable’ que otras personas a recaer en el delito y que, en función de esa debilidad, su situación debiera ser considerada con mayor benevolencia que la de aquel individuo que delinque por primera vez. Desde el ángulo de quienes cuestionan la justificación de la reincidencia -dentro de los cuales me enrolo- se han

articulado diversas objeciones: a) que importa una trasgresión al principio del *ne bis in ídem* (o prohibición de persecución múltiple), b) que implica una *doble valoración de un mismo hecho* (ya que, además de la reincidencia en sí misma, por aplicación del art. 41 del CP sirve para graduar la pena aplicable), c) que se crea un *delito autónomo (ser reincidente)*, accesorio al tipo penal infringido y d) que violenta el *principio de culpabilidad*, al superar los límites impuestos por el hecho típico, incorporando a él cuestiones que le son ajenas. En tren de definir mi postura al respecto, dejo sentado que, por la vía de la aplicación del instituto de la reincidencia, principalmente se violenta el *principio de culpabilidad*, que, como se dijese antes, constituye una garantía implícita consagrada en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. En efecto, considero que la valoración de los antecedentes penales del imputado, a los fines de agravar el monto de la pena a sufrir y el modo de su ejecución, resultan absolutamente extraños al tipo penal infringido (principio de legalidad y tipicidad) e, independientemente que tal consideración haya sido incluida por el legislador en el catálogo punitivo, ello no empece a la existencia de una contradicción manifiesta con los principios generales del derecho, de la teoría del delito y de las garantías consagradas en la Constitución Nacional” (del voto de Mario A. JULIANO, en la causa Giménez, del 4 de junio del año 2002); “analizada aún la cuestión desde la óptica de los fines de la pena, hoy no cabe duda alguna que a partir de la reforma de la Constitución en el año 1994 ha quedado definitivamente incorporado el concepto de ‘prevención especial’ o ‘readaptación social’ (art. 75, inc. 22 C.N.; art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.6. de la Convención Americana de Derechos Humanos; y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U. de 1957 -regla 63 y siguientes-), constituyendo

‘un deber del Estado frente al condenado proporcionar los medios para evitar el deterioro y la estigmatización y poder con ello disminuir los niveles de vulnerabilidad’ (Francisco CASTEX, ob. cit.). En tales términos, impedir al reincidente la posibilidad de acceder a la libertad condicional es una contradicción en sí misma, ya que importa negar que la pena haya surtido su efecto resocializador en la persona del delincuente, impidiéndole reintegrarse a la sociedad, quebrantando por añadidura el principio de "igualdad ante la ley" (art. 16 C.N.), ya que por un mismo hecho asiste tal posibilidad al delincuente primario” (del voto de María Angélica BERNARD).

Los fundamentos de los fallos que se comentan han sido debidamente desarrollados y se explican por sí solos, por lo cual sólo voy a formular las explicaciones por las cuales concuerdo con ellos. Invito al lector, entonces, a leer los fallos, pasando en adelante a expresar mi postura coincidente.

Sin perjuicio de ello, resulta destacable el firme compromiso con el Derecho Penal de un Estado Constitucional de Derecho de quienes, desde una postura minoritaria en el país, hacen realidad el necesario y digno control de constitucionalidad de las leyes, en lugar de limitarse a la simple función de aplicar cualquier producto del órgano legislativo, como si este último tuviera libertad de convertir en ley lo que le plazca. Es, precisamente, el ejercicio real y efectivo del control de constitucionalidad lo que enaltece la Justicia y hace de ella un firme custodio del Estado Constitucional de Derecho. Si la Justicia de nuestro país ejerciera siempre un firme control de legitimad constitucional de las leyes, pasaría a constituir un (prestigioso) poder real, al servicio del control de los demás órganos del Estado (e, indirectamente, de control del Poder Ejecutivo, que es quien, en nuestra realidad, viene logrando la sanción de tantas leyes absurdas, no sólo por políticas demagógicas, sino, también, muchas veces por medio de la simple directiva a sus partidarios integrantes del

Poder Legislativo, que suelen sancionar leyes sin conocer las consecuencias sociales que ellas terminan produciendo).

Fallos como los comentados no terminan con el poder punitivo (a nadie se le vaya a ocurrir algo así). El poder punitivo restante es abrumador. Sin embargo, ayudan a disminuir, en alguna medida, la irracionalidad de la violencia punitiva que, pese al esfuerzo de muchos, sigue recayendo en los marginados de siempre. La mayoría muchas veces se funda sólo en eso: en la cantidad de adeptos; pero, muchas veces, no se basa en la razón. Este es un caso en el cual la mayoría (de jueces, no de autores) permite el ejercicio de un poder punitivo escalofriante e irracional; posibilita cuotas de violencia punitiva insoportable. La minoría jurisprudencial (y no doctrinaria) aduce razones de mucho peso, que no han sido rebatidas con éxito y que han sido explicadas certeramente en los fallos comentados.

A ellos, a los pocos jueces que, dignamente, enfrentan corrientes mayoritarias [oponiendo serias razones que tutelan los derechos de las personas más desfavorecidas (por la irracional selectividad con la que funciona el sistema penal)], hago llegar aquí mi especial reconocimiento y homenaje. Con esto no desaparecerá la irracionalidad selectiva de la violencia penal, pero, al menos, se reducirán, en algo, sus discriminatorios efectos nocivos. Va, en suma, mi sincero aliento a los aires de justicia que provienen de las aguas marítimas de Necochea.

II. Noción de “reincidencia” y condiciones legales.

La llamada “reincidencia” es un supuesto de reiteración delictiva que, sin embargo, suele no contentarse con la mera repetición de ilícitos penales (y en Argentina no se contenta con ello), sino

que, por ser una categoría legal, exige, además, la concurrencia de otras condiciones.

En el Código Penal argentino, esas condiciones consisten en: 1) el dictado de una condena a pena privativa de libertad; 2) la existencia de una condena anterior por un delito, sin que haya transcurrido el plazo del art. 51 del Código Penal; 3) que esa condena anterior haya impuesto pena privativa de libertad; 4) que la pena impuesta en esa condena anterior haya sido efectivamente cumplida como tal, aunque sea en una parte que pueda ser considerada, legalmente, suficiente para contramotivar al condenado y cumplir los proclamados fines de “reintegración social” [cf. arts. 50 y 13 del Código Penal (la citada en último término es la única disposición legal referida al tema)]; 5) que dicha pena anterior no haya sido cumplida por “delitos políticos”, por delitos previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, por delitos amnistiados o cuando ellos fueron cometidos cuando el autor era menor de dieciocho años; 6) que entre el cumplimiento de la pena anterior y el momento en el que se considera la posible “reincidencia” no se hubiera cumplido el plazo de “prescripción de la reincidencia” (previsto en el art. 50 último párrafo del Código Penal).

III. Efectos.

El Código Penal argentino atribuye a la “reincidencia” el efecto de agravar la respuesta institucional punitiva del Estado. Ello se produce de tres formas: a) contemplándola expresamente como pauta para la determinación judicial de la pena (arts. 40 y

41, C.P.); b) asignándole el poder de impedir la libertad condicional del condenado (art. 14, C.P.); y c) posibilitando la imposición de la llamada “reclusión por tiempo indeterminado”, como accesoria de la última condena (art. 52, C.P.).

En verdad, el único efecto que, constitucionalmente, podría producir la “reincidencia” es la de *atenuar* la pena por el último delito, pues normalmente es demostrativa de una mayor predisposición a delinquir y, con ello, de un *menor grado de reprochabilidad por el hecho*. En un derecho penal propio de un Estado Constitucional de Derecho, la pena debe ser fijada de conformidad con los principios que la ley fundamental impone a los diferentes órganos estatales. Uno de esos principios es el de “culpabilidad por el hecho” (al que me refiero en el apartado V, 1), según el cual no hay pena legítima sin posibilidad del autor de contramotivarse en las normas penales, de lo que se deduce que la pena debe guardar proporción con el grado de contramotivación posible del autor. De este modo, a *menor* posibilidad de contramotivación en la norma penal le corresponderá una *menor* reprochabilidad por el hecho cometido. Y precisamente, quien ha participado en la comisión de varios hechos delictivos habrá demostrado con ello, en general, un *mayor* condicionamiento de su conducta (lo que es lo mismo a decir que ha tenido *menores* posibilidades de no delinquir), por lo cual es *menos* culpable en términos normativos.

Sin embargo, la ley penal argentina ha previsto la “reincidencia” como circunstancia *agravante* a considerar en la determinación de la pena en el caso concreto, pues ello se

deriva de una interpretación intrasistemática, dada por el aumento del poder punitivo proyectado en los citados artículos 14 y 52. Sería contradictorio suponer que agrava la situación punitiva en los casos de los arts. 14 y 52, mientras la disminuye en el 41. En el apartado V se desarrollarán algunos argumentos que demuestran la contradicción de la citada legislación penal argentina con el texto y contenido valorativo de la Constitución Nacional y de la normativa supranacional.

IV. Sistema adoptado en Argentina.

En el derecho penal argentino rige [a partir de la vigencia de la ley 23057 (del año 1984)] el sistema denominado de reincidencia “real” o “verdadera”, que requiere no sólo la existencia de una condena anterior, sino, también, el *cumplimiento real* de una pena carcelaria impuesta en aquella condenación.

Para este régimen, no sería suficiente para la declaración de *reincidencia* la existencia de una condena *condicional* anterior, pues en ella, por definición, no hay cumplimiento de pena alguno.

Tampoco daría lugar a reincidencia, en la regulación actual, la registración de una condena computable anterior a pena privativa de libertad en la cual el condenado no hubiera cumplido *verdaderamente* pena privativa de libertad, sino que simplemente dicha pena se le hubiera dado por cumplida con el tiempo de “prisión sin condena” sufrido. Ello es obvio, pues la mal denominada “prisión preventiva” (que en los hechos es

siempre una *pena sin condena*) se aplica, según el común discurso procesal, a título de “medida cautelar” de los fines del proceso. Es decir, ni siquiera para el discurso jurídico del procesalismo (en general) la llamada “prisión preventiva” está destinada a cumplir los fines de “reinserción social” adjudicados a la pena, de modo tal que es imposible predicar de ella su *insuficiencia preventiva-especial*. Si no es posible tal predicción, tampoco lo es su valoración como si se hubiera tratado del cumplimiento de una pena “reintegradora” (sencillamente porque ello no sucedió en la realidad de las cosas). No es posible, de ese modo, recurrir a una mera ficción para, en base a ella, perjudicar los derechos de la persona condenada.

A diferencia del vigente, el sistema de la llamada reincidencia “ficticia” (que rigió en Argentina antes de la reforma implementada por ley 23057) reclama la verificación de la existencia de una condena computable anterior a pena carcelaria, aunque el individuo no hubiera cumplido pena en forma real.

V. Fundamentos de la mayor severidad punitiva y críticas.

El fundamento político-criminal invocado (en el sistema argentino actual) para justificar la agravación de pena por “reincidencia” consiste en la *insuficiencia preventivo-especial de la pena anterior*, que demostraría la necesidad de recurrir a una pena más severa para reforzar aquella incapacidad punitiva. La “reincidencia” evidenciaría una voluntad más firme de delinquir de quien, pese a haber sido sometido a un tratamiento

“resocializador”, vuelve a cometer un ilícito culpable. Sería una suerte de castigo a la tozudez. Este fundamento es seguido por el voto minoritario en los fallos comentados, quien invoca en su favor el criterio de la C.S.J.N., que se ha pronunciado por la validez del instituto (en fecha 16 de agosto de 1.988 en causa "Ramón R. L'EVEQUE"), determinando "que la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Es evidente que esta insensibilidad, ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta” (del voto disidente del juez Alfredo P. Noel, en las causas comentadas en el presente trabajo).

Además de las objeciones constitucionales a que tal fundamento da lugar, es dable reconocer que tal pretensión legitimadora no resulta justificada tampoco desde la mira político-criminal en la que se inspira, pues tal razonamiento parte de un equívoco manifiesto, consistente en la afirmación de la “capacidad preventivo-especial de la pena carcelaria”. Ello es así porque, precisamente, la comisión de un delito *luego del tratamiento “reintegrador” (efectivamente implementado)* muestra

que aquel “remedio punitivo” no cumplió el meramente proclamado fin de “reinserción social” (invocado por buena parte del discurso penal). Como se demostró que *no lo cumplió*, entonces, en lugar de cambiar el “remedio” para evitar males peores, se aumenta su dosis (multiplicando los efectos nocivos). Se produce, así, la misma situación que la del enfermo que, por no soportar las sesiones semanales de rayos, es obligado a tenerlas diariamente. El efecto esperable de este aumento de la dosis del veneno, aunque presentado en envase farmacológico (“más cárcel resocializadora”) será, a no dudarlo, la muerte del paciente (o, en nuestro caso, la reproducción del fenómeno delictivo). El viejo argumento citado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se apoya en datos de la realidad, sino que, por el contrario, los desconoce, pues llega a sostener que la mayor severidad del tratamiento legal de la reincidencia no se debe a la circunstancia de haber cometido el individuo un delito anterior, sino a la condena que antes tuvo y a la pena que se le hizo antes cumplir. Ahora: al valorarse la condena anterior y la pena antes impuesta, se está ciertamente valorando el hecho anterior, ya que aquella condena y la pena consecuente no se impusieron porque sí nomás (es decir, sin motivo alguno). Hay aquí otro “embuste de etiquetas”, porque la mayor represividad penal obviamente se funda en la comisión de un delito con anterioridad. El razonamiento real es el siguiente: si antes cometió un delito y, en lugar de abstenerse de reiterarlo, vuelve a ejecutar otro, el individuo es un insensible y un obstinado; ya eligió el camino del delito (una vida delictiva), por lo cual, cada

vez que insista en delinquir, lo sancionaremos no sólo con la pena prevista por la ley para el delito que comenta sino, además, con un plus por la proclividad o tendencia delictiva general. Si, para agravar la pena, se exige legalmente que, además del delito anterior, haya cumplido pena por aquel delito, es sólo para limitar los efectos represivos del instituto, pero no porque el delito anterior deje de ser considerado como el fundamento real de la agravación punitiva. El argumento de la Corte (de la vieja Corte), aunque haya sido elaborado de buena fe, no se corresponde absolutamente con la realidad: no es cierto que, con la agravación de la pena por reincidencia, no se vuelve a valorar la comisión del delito anterior. Adviértase, incluso, que, para la vieja Corte, esta insensibilidad (del individuo reincidente) “no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria”. ¡Obviamente!. No hay dudas que al ser condenado por primera vez nadie puede invocar “insensibilidad” por condena anterior alguna, sencillamente porque nunca la tuvo. Pero el problema consiste en que esa “insensibilidad” [que pretende valorarse para agravar la situación punitiva en caso de comisión de un nuevo delito (negándose, por ejemplo, el derecho a la libertad condicional)] se la extrae de la condena anterior y de la pena sufrida, que se impusieron por haber cometido antes un delito. En otros términos, tal “insensibilidad” no se funda en la relación de la condena y pena anterior con la última condena y la última pena, sino en la relación entre los delitos cometidos. No obstante haber delinquido antes, insistió en ello. Además, tampoco sería legítimo atribuir a un individuo una falla estatal, ya

que el cumplimiento de una pena debería indicar el cumplimiento del fin “reintegrador” que las normas supremas le asignan a la ejecución penal. De este modo, si hubo “reintegración” del condenado, un nuevo delito podrá evidenciar (dentro de la lógica del discurso preventivo-especial) una nueva desintegración que, como tal, hará posible la imposición de otra pena “reintegradora”. Es decir, la reiteración delictiva (posterior al cumplimiento de una pena) comprueba, sin dudas, el fracaso preventivo-especial de la pena carcelaria. Y si la respuesta institucional punitiva fracasó, no es legítimo atribuir dicho fracaso al individuo que la sufrió, sino, con sobradas razones, al Estado que la impuso. Es que, en la casi totalidad de los casos, la magnitud de la violencia propia de las cárceles impide al Estado cumplir con los fines adjudicados a la prisión por las normas jurídicas.

Existen otras explicaciones que buscan legitimar el aumento de la severidad punitiva por “reincidencia” (como son, a grandes rasgos, la supuesta “mayor ilicitud” del delito del “reincidente”, la pretendida mayor culpabilidad del “reincidente” (tanto en sentido normativo como psicológico) o la mayor “peligrosidad” del “reincidente”). Ninguna de ellas satisface los requerimientos de un derecho penal de un Estado Constitucional de Derecho, por lo cual voy a referirme, a continuación, a la cuestión constitucional.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que a) el ilícito que cualquier persona comete es más o menos grave sin importar que, antes, haya sido condenado penalmente por la ejecución de otro; b) nadie puede ser considerado más culpable, en sentido

normativo, por tener mayores condicionamientos para su obrar; c) si alguien tuviera una “voluntad más firme” para delinquir, ella pondría en evidencia una *mayor* predisposición al delito y, como lógica consecuencia, un *menor* reproche de culpabilidad [es decir, la mayor “culpabilidad psicológica” (como sería el caso de la más firme decisión *dolosa*, que, en verdad, es un problema de tipicidad) es indicativa de una menor culpabilidad normativa (que es el problema de la culpabilidad como categoría independiente en el concepto dogmático de delito, derivada del principio constitucional de culpabilidad, extraído como consecuencia del de legalidad)]; d) la invocada “peligrosidad” del autor (más allá de los cuestionamientos propios de tal imprecisa categoría) no puede ser fundamento legítimo de una pena (ni de un aumento de ella) en un derecho penal de un Estado Constitucional de Derecho, en el que la pena debe fundarse en la *culpabilidad* del autor por el *hecho* por el que se lo juzga (y no por característica personal alguna del autor).

VI. Ilegitimidad constitucional de la agravación de la pena por “reincidencia”.

La previsión legal de la llamada “reincidencia”, como causa de agravación de la situación punitiva del condenado, violenta normas constitucionales en forma manifiesta (arts. 1, 18, 33 y 75 inc. 22, Const. Nac.).

Veamos cuáles son las principales normas afectadas y qué razones existen para explicar tal inconstitucionalidad.

1. Violación al principio de *culpabilidad por el hecho*: un caso de *derecho penal de autor*.

La regulación argentina del instituto de la “reincidencia” no toma como base (para agravar la pena) la culpabilidad del autor *por el hecho que se juzga*, sino la existencia de penas privativas de la libertad cumplidas con anterioridad en relación a *otros delitos* distintos al juzgado. Por ello, *viola el principio de culpabilidad por el hecho*, según el cual *no hay pena sin que el autor de un hecho pueda haberse contramotivado en la ley penal para no cometerlo*. Tal principio es una consecuencia necesaria del *principio de legalidad penal*, que exige, como condición de legitimidad constitucional de la pena, la descripción del delito y de la pena efectuada en una *ley anterior* al hecho del proceso (art. 18, C.N.). Es una consecuencia lógica de este principio, porque la ley penal *anterior* se exige, precisamente, *para posibilitar su conocimiento y comprensión* y, por ello, *para acordar a las personas la posibilidad de contramotivación en ella* (que es lo que da contenido al principio de culpabilidad por el hecho).

La transgresión al *principio constitucional de culpabilidad por el hecho* se presenta por cuanto el aumento del rigorismo punitivo (que de una manera u otra se traduce en un mayor tiempo dentro de la cárcel) se fundamenta, realmente, en la “peligrosidad” que se dice “demostrada” y no en un mayor reproche penal por el hecho juzgado (aunque muchos no lo expliquen de este modo).

Al fundarse la mayor severidad del trato legal *no en la conducta que es materia de juzgamiento*, sino en conductas *anteriores* de la vida del sujeto (o en el cumplimiento anterior de otra pena), *el objeto del juicio de reproche deja de ser el hecho cometido y juzgado para dirigirse a aquello que el individuo es* [o, más propiamente, lo que *fue*, pues se valora el delito anterior (o la pena que *antes* debió cumplir por ese delito) como un síntoma de peligrosidad]. De esta manera, se está instaurando una forma de "*derecho penal de autor*" (a través de la "*culpabilidad de autor*"), lo que constituye (además de una violación al principio de culpabilidad por el hecho y, por ende, a los arts. 18 y 19 de la C.N.) un sutil quebrantamiento del art. 19 constitucional, a partir del cual se elabora un "derecho penal de acto" o "de acción" no sólo a nivel del juicio de *culpabilidad* (que es un juicio de reproche por el hecho juzgado), sino a su vez a nivel del juicio de *tipicidad* (por lo que el legislador debe prohibir sólo acciones). Precisamente son esas acciones prohibidas (y no otras ya valoradas en otras sentencias, ni otras penas ya cumplidas por algún hecho anterior, ni tampoco lo que autor "evidencie" ser a través de ellas) las que el principio de legalidad penal (a través de su exigencia dogmática de tipicidad) permite juzgar y las que el principio de culpabilidad posibilita reprochar.

No salva la referida objeción constitucional el argumento señalado por el Tribunal Supremo español, ratificado luego por el Tribunal Constitucional de aquel país europeo, según el cual la reincidencia violenta el principio de culpabilidad por el hecho *sólo* en la medida en que provoque la fijación de una pena *mayor* a la

que correspondería atendiendo al grado de culpabilidad por el hecho. Se ha dicho, en tal sentido, que “es preciso que cuando el tribunal de los hechos compruebe la posible aplicación del art. 10.15° CP, establezca anticipadamente hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad, pues las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite” (sentencia del Tribunal Supremo español del 5 de julio de 1991). El argumento es contrario a nuestro derecho penal constitucional (e incluso también al español), pues, si repugna a elementales principios constitucionales toda forma de culpabilidad de autor, entonces la tendencia del autor deducible de las condenas o penas anteriores no puede admitirse para agravar la pena tampoco en la franja que va desde el mínimo legal hasta el monto que se considera adecuado a la reprochabilidad por el hecho. Probablemente sin quererlo, termina admitiéndolo el propio Tribunal Supremo español, en la decisión citada, cuando afirma que “la reincidencia ... es la única circunstancia que tiene como fundamento las penas merecidas por otros hechos punibles anteriores y ya sancionados”. La última frase citada no sólo reconoce la violación al *ne bis in idem* que genera toda norma legal que pretende agravar la pena por reincidencia, sino también la transgresión al *principio de culpabilidad por el hecho* (que veda toda forma de valorar en contra del individuo la vida anterior que haya mantenido). La crítica a la indicada argumentación de los tribunales superiores de España, es extensible a los autores que comparten su criterio, como es el

caso de Manuel Jaén Vallejo (Principios constitucionales y derecho penal moderno, p. 80 y ss.).

La reincidencia violenta, entonces, el principio constitucional de culpabilidad por el hecho. Sobre este punto concuerda, entre otros autores, *Eugenio Raúl Zaffaroni*, para quien "un derecho que reconozca pero que también respete la autonomía moral de la persona, jamás puede penar el 'ser' de una persona, sino sólo su hacer, desde que el derecho es un orden regulador de la conducta humana" (*Manual de Derecho Penal, Parte General*, p. 73). A ello añade, junto con *Alejandro Alagia* y *Alejandro Slokar*, que "sólo un discurso alucinado y ajeno al saber penal puede ignorar la realidad reproductiva del poder punitivo y sostener una institución que ... conduce a que el estado se atribuya la función de juzgar lo que cada habitante elige ser y lo que cada persona es" (*Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal, Parte General*, p. 1012). Asimismo, junto a *Benjamín Sal Llargués*, expresa que "desde los orígenes de las disposiciones relativas a la reincidencia, ésta resulta inexorablemente unida al concepto de habitualidad, como reveladora del hábito de delinquir ... Esa sola circunstancia debería bastar para excluirla de la ley penal argentina, que (sobre la base dada por los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional) sienta toda su estructura en el derecho penal de acto. La pena sobrevendrá por el acto realizado y no por características personales de su autor" (*Zaffaroni - Sal Llargués, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, ps. 222/3).

Es también el caso de *Edgardo Alberto Donna*, quien afirma claramente que "todo el sistema de la reincidencia ... es inconstitucional por atentar contra el principio de culpabilidad ... " (*Reincidencia y Culpabilidad. Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal*, p. 77).

Del mismo modo, puede citarse la calificada opinión de *Julio B. J. Maier*, para quien la reincidencia violenta el principio de culpabilidad por el hecho, creando delitos especiales impropios en los que la razón de la agravante de pena la constituye una característica del autor consistente en haber cometido delitos anteriormente (*Maier, Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple. Ne bis in idem*, ps. 454 y ss.).

Igualmente puede mencionarse la postura de *Miguel A. Arnedo*, quien sostiene que "aumentar la culpabilidad por la reincidencia, significa violar el principio de culpabilidad" (*La reforma penal y el nuevo régimen de la reincidencia*, p. 929).

En idéntico sentido se pronunció *Carlos A. Elbert*, para quien "parece imposible demostrar que la agravación de la pena por reincidencia, no es un castigo dirigido a una personalidad en lugar de una conducta concreta ... el agravamiento de las consecuencias jurídicas contra un reincidente no puede expresar sino un propósito segregacionista y/o expiatorio dirigido contra un 'incorregible' ... la ley del rigor tras el fracaso del tratamiento resocializador, o el reproche al paciente por la ineficacia de la terapia a que se lo sometió ... se está atribuyendo ... una especie de enfermedad incurable al actor ... considerando al hombre como una naranja mecánica según la obra de Burgess ... La

reincidencia choca frontalmente con la psicología, con los principios de una política criminal racional, y especialmente con el principio de culpabilidad. Estamos, en consecuencia, ante un caso concreto en el que se demuestra la colisión de reglas positivas de derecho penal con principios básicos de derecho penal, originados en la Ley Suprema. Tal conflicto no puede sino dirimirse en favor de la vigencia de esta última" (ver su voto en el fallo dictado en la *causa Varela, Luis R.*, resuelta por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sala VI, del 27 de diciembre de 1985, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal -E.D., 118-147 o J.A., 1987, I, 194-).

En sentido concordante se expidió, recientemente, *Abel Fleming*, quien, por razones análogas a las aquí expuestas, sostuvo incluso que "corresponde tener por derogada la previsión del art. 52 del Código Penal, por sanción posterior de la reforma de la Constitución Nacional, al incorporar por el art. 75 inc. 22, con el rango allí indicado, la ... normativa de derecho internacional comprendida en la previsión constitucional" (conf. su voto en la causa *Bonilla, M. A.*, expte. 17422/03, resuelta el 10 de julio del 2003 por la Cámara Primera en lo Criminal de Salta).

Esteban Righi y *Alberto A. Fernández* también cuestionan la constitucionalidad de la reincidencia como agravante de pena desde la óptica del principio de culpabilidad por el hecho, pues, para ellos, "el endurecimiento penal para reincidentes sólo es factible mediante construcciones propias de un sistema de culpabilidad por 'la conducción de la vida' o 'de carácter',

incompatibles con la idea del estado de derecho” [*Righi – Fernández, Derecho penal (La ley. El delito. El proceso y la pena)*, p. 507].

Para *Gonzalo D. Fernández*, de modo semejante, la agravación de pena por reincidencia “supone una flagrante violación a los Derechos Humanos” y, en tal sentido, “es una vía de escape al derecho penal de autor, que relega a segundo plano la relación estricta con el reproche por el hecho cometido” (*Derecho Penal y Derechos Humanos*, p. 127).

También es éste el caso de *Martín Clemente (Invalidez constitucional de la reincidencia)*. Una aproximación a la cuestión como consecuencia de los recientes fallos plenarios sobre la materia); de *Mario Magariños (Reincidencia y Constitución Nacional)*; de *Francisco Castex (La reincidencia en casación)*, de *Norberto R. Aued y Mario A. Juliano (La probation y otros institutos del derecho penal*, p. 115 y ss.). También se expide críticamente *Juan Manuel Sansone* (La extremaunción de la reincidencia). A ellos puede agregarse, entre otros, el viejo trabajo de *Roberto Bergalli, La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, en la que propone “la abolición lisa y llana de cualquier endurecimiento, prolongación o substitución de la consecuencia jurídica prevista sólo en forma retributiva para el autor reincidente” (p. 83). *Luis de la Barreda Solórzano* es, también, otro de los contundentes enemigos de la “reincidencia” (*Los jinetes de la peligrosidad*).

2. Violación al principio de *presunción de inocencia*.

A su vez, la “reincidencia” *violenta el principio de inocencia*, por el cual el Estado debe probar los presupuestos de punibilidad y no el acusado su inocencia. Ello se produce porque ni siquiera requiere como presupuesto (de su declaración judicial) la realización de un fundado pronóstico acerca de la vida futura del condenado, que indique el grado de probabilidad de reiteración de delitos penales, sino que (por el contrario) el hecho de haber cumplido antes parte de una pena privativa de libertad por otro delito “*verifica*” ya su “*peligrosidad*”, aunque no la tenga o demuestre no tenerla (?). Se produce con ello, en nuestro derecho penal, una *inadmisibile presunción iuris et de iure* (que no admite prueba en contrario) de *peligrosidad*, violatoria (además del principio constitucional de *culpabilidad por el hecho*) del *principio de inocencia*. No obstante resultar ilegítimo cualquier intento de aumentar la pena por una mayor “*peligrosidad*” del autor, cabe señalar que la mera circunstancia de haber cumplido penas anteriores tampoco prueba necesariamente el mayor riesgo de volver a delinquir [el que, en todo caso, sólo podría deducirse como probable en virtud de los efectos nocivos que produce el cumplimiento efectivo de cualquier pena carcelaria (y no de una presumida “*decisión delictiva*” más firme del autor)]. En virtud de tan ilegítima presunción, un condenado a un año de prisión por haber cometido un hurto de un oveja (art. 163 inc. 1, C.P.) que, a su vez, tuviera una condena anterior por daño de un vidrio (art. 183, C.P.), no tendría la posibilidad de demostrar que es menos “*peligroso*” que un autor “*primario*” de tortura o de robo de un

bebé. Para la ley penal argentina, el primero de estos casos daría lugar a la declaración de “reincidencia” y, por ello, su autor podría sufrir una pena mayor al mínimo legal y, además, ver impedida su libertad condicional una vez que cumpla la parte de la pena legalmente exigida para ello. Mientras tanto, el autor de los graves delitos del segundo caso brindado tendría todas las posibilidades de ser condenado al mínimo legal y, una vez cumplida parte de su pena, obtener la libertad condicional. Ella es una de las tantas consecuencias irrazonables del régimen legal argentino actual sobre el instituto de la “reincidencia”.

Así como las normas supremas no admiten la presunción legal de dolo, o la de culpabilidad por el hecho, menos tolerable aún resulta la presunción legal de “peligrosidad” (que ni siquiera es un presupuesto legítimo de la pena estatal y, por ende, de un aumento de ella).

3. Violación al principio *non bis in idem*.

El principio según el cual nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por un mismo hecho se ha reconocido sin dificultad alguna, primeramente como garantía no enumerada, pero que nace del principio de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno (art. 33 C.N.) y luego como garantía expresamente consagrada, a partir de la jerarquización constitucional de las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos (producida por el actual art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

En particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula el aludido principio en sus dos componentes: nadie puede ser *juzgado* dos veces por un mismo hecho (aspecto procesal) y nadie puede ser *sancionado* dos veces por un mismo hecho (aspecto material). Su texto literal dice: "nadie podrá ser juzgado *ni sancionado* por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme ..." (art. 14, ap. 7).

Si hoy pudiera un condenado *ser tratado más severamente* al ser juzgado por otro hecho, en consideración al hecho antes juzgado y sancionado, se lo estaría volviendo a sancionar por el hecho anterior, pues otro entendimiento del principio restringiría su acepción sólo al aspecto procesal, con lo cual se desconocería su segundo componente, que prohíbe *sancionar* a la misma persona (en otro juicio) por un hecho anterior ya juzgado. Si "sancionado" quisiera decir lo mismo que "juzgado", no tendría sentido el doble componente atribuido por el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, por el cual nadie, por el mismo hecho, puede ser vuelto a juzgar y, además, como un aspecto diferente, nadie puede (en un nuevo juicio por un hecho distinto) ser *sancionado más severamente* por el hecho anterior, sino que su sanción debe limitarse al hecho que es materia de nuevo juzgamiento.

Si al sujeto que se declara "reincidente" se le impone una pena *mayor* a la que corresponde legalmente por el nuevo delito cometido [o se lo perjudica de cualquier manera al ser juzgado por ese nuevo ilícito (por ejemplo impidiéndosele el ejercicio del

derecho a la libertad condicional)], considerándose como fundamento la circunstancia de haber cometido delitos *antes* de ese juicio previo, se están haciendo renacer los delitos ya juzgados, valorándose los para incrementar la pena impuesta por otros hechos independientes cometidos en una época posterior. Se está volviendo a “sancionar” al individuo por aquellos ilícitos anteriores. Hay una *múltiple valoración* de la comisión de delitos anteriores, violatoria del componente material del principio aquí enunciado.

Si se advierte que en Argentina la situación punitiva se agrava por reincidencia de tres modos distintos (como se trató en el apartado II), la consideración como agravante dentro de la escala penal (art. 41, C.P.) sería una *segunda valoración* de los delitos antes juzgados (pues la primera se llevó a cabo al momento de haber sido condenado por ellos), mientras la prohibición de la libertad condicional (art. 14, C.P.) sería una *tercera valoración*, constituyendo, por último, la posibilidad de aplicar la monstruosa pena accesoria por tiempo indeterminado (art. 52, C.P.) una manera de valorar por *cuarta vez* la misma circunstancia. Las consecuencias de un delito ya juzgado no pueden resucitar en la vida de una persona, pues ello constituiría un impedimento para el logro del fin de “reintegración social” de la respuesta punitiva, significando un modo de hacer presente el estigma de la condena anterior, configurativo de un trato cruel, inhumano y degradante, contrario al principio de humanidad de las penas (arts. 1, 18 y 75 inc. 22, C.N.).

Este principio "prohíbe, pues, no solamente reiniciar el proceso, sino que por esos hechos, realizados por una misma persona, no se pueden imputar consecuencias posteriores, que violarían el principio" (*Edgardo Alberto Donna*, Reincidencia y culpabilidad, cit., p. 31). Para Donna, entonces, la reincidencia "es inconstitucional ... por atacar el principio de non bis in idem" (*Donna*, cit., ps. 77 y 32).

La violación al referido principio, que entendemos irrefutable, ha hecho reflexionar sobre el tema y cambiar de opinión a penalistas de reconocido prestigio internacional, como es el caso de *Eugenio Raúl Zaffaroni*, quien manifiesta que "toda pretensión de agravar la pena de un delito posterior en razón de un delito anterior ya juzgado, importa una violación del principio de que no se puede juzgar a nadie dos veces por el mismo hecho (non bis in idem)" (*Zaffaroni*, Manual de Derecho Penal, Parte General, p. 718). Para este autor también, entonces, "la agravación por reincidencia es inconstitucional, porque hasta este momento no hay teoría capaz de fundarla en forma convincente sin afectar la intangibilidad de la cosa juzgada. En consecuencia ... toda agravación de pena en razón de la misma prevista en la ley positiva es contraria a la C.N." (*Zaffaroni*, Manual de Derecho Penal, Parte General, p. 723). Ello lo reafirma, en su obra conjunta con *Alejandro Alagia* y *Alejandro Slokar*, al sostener que, de las explicaciones que se ha ensayado para legitimar la agravación punitiva por reincidencia, "ninguna 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. Luego, la idea tradicional de la reincidencia como invariable e ineludible causa de habilitación de mayor poder punitivo es inconstitucional” (*Derecho Penal, Parte General*, p. 1009).

También se suma a esta objeción constitucional a la reincidencia *Miguel A. Arnedo*, quien no presta su adhesión al mantenimiento de la reincidencia en el Código Penal, por entender "que básicamente se viola con ello el principio non bis in idem ..." (La reforma penal y el nuevo régimen de la reincidencia, p. 929).

En el mismo sentido tuve la oportunidad de pronunciarme en mi comentario bibliográfico al libro de Creus y Olazábal (Modificación al Código Penal. Ley 23057), efectuado en la revista *Doctrina Penal*, en el año 1985 (conf. nota 1 de la página 165); luego en mi libro *Suspensión del proceso penal a prueba* (1996, ps. 338/9, nota 204) y en mi artículo *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*, que integra el libro *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, ps. 104 a 106 [este último artículo es el contenido de la conferencia que tuve la oportunidad de pronunciar en el Congreso Internacional de Derecho Penal (75° Aniversario del Código Penal Argentino), desarrollado del 11 al 14 de agosto de 1997 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires].

Patricia S. Ziffer, después de aclarar que la reincidencia puede constituir en el caso concreto una circunstancia atenuante de la pena, expresa que, en la hipótesis en la que el nuevo

hecho se corresponda con una mayor culpabilidad “ello no podrá ser computado para aumentar la duración de la pena, porque la mayor culpabilidad del reincidente ya fue computada por el legislador al impedirle obtener la libertad condicional. De lo contrario, se estaría violando la prohibición de doble valoración” (*Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración*, ps. 117/8). En verdad, si bien es correcta la transgresión apuntada al principio que prohíbe valorar más de una vez las circunstancias tomadas en cuenta para determinar la pena, no me parece posible fundar la hipótesis del *mayor grado de culpabilidad (en sentido normativo) del “reincidente”*, pues la condena o la pena anterior influye negativamente en la vida posterior del condenado, o, por lo menos, no acuerda mayor libertad de no delinquir en el futuro. Al mismo tiempo, la *prohibición de la múltiple (y no sólo doble) valoración* de las circunstancias a considerar para fijar la pena en el caso concreto abarca, siempre, la orden de no fundar la medida de la pena actual en circunstancias ya consideradas en cualquier juicio anterior [y es obvio que cualquier aumento de pena por “reincidencia” se apoya en la circunstancia de haber cometido *antes* algún delito, que es, precisamente, lo que ya motivó el dictado de una sentencia judicial (la anterior) y lo que no puede volver a ser considerado en un juicio posterior por otro hecho distinto]. Es decir, la agravación punitiva por “reincidencia” (declarada al ser condenada la misma persona por un hecho cometido luego de una condena previa) es siempre producto de una *nueva* valoración del hecho anterior [sea segunda (art. 41,

C.P.), tercera (art. 14, C.P.) o cuarta (art. 52, C.P.)). Por ello, dicha ponderación, por ser nueva (e independiente de la anterior), violenta siempre la *prohibición de múltiple valoración*.

Sólo debo agregar que reafirman esta postura la necesidad de lograr el imperio de la Ley Fundamental por sobre las de menor jerarquía, como una característica propia de todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Al mismo tiempo, la ilegitimidad del trato penal más riguroso para el “reincidente” ha sido proclamada por una larga lista de autores que, en siglos anteriores, han venido bregando por la abolición de toda forma de agravación de pena por “reincidencia”, incluso por argumentos análogos a los aquí desarrollados [tal los casos de *Carmignani, Gesterding, Carnot, Alauzet, Mittermaier, Tissot*, entre muchos otros (sobre la tesis abolicionista de la reincidencia, puede consultarse la obra de *Angel R. Latagliata, Contribución al estudio de la reincidencia*, o la de *Jiménez de Asúa, La ley y el delito*, ps. 536/7)].

Es muy elocuente que el instituto aquí cuestionado haya recibido también serios cuestionamientos en el ámbito del *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, sosteniéndose que, “para los Derechos Humanos, la igualdad ante la ley, el fin de readaptación de la pena privativa de libertad y la racionalidad de las penas, entre otros, son principios que resultan afectados o reñidos con estas regulaciones, en mayor o menor medida ... La agravación de la pena del segundo delito es difícilmente explicable en términos racionales, y la estigmatización que sufre la persona perjudica su incorporación a la vida libre” (*Sistemas*

Penales y Derechos Humanos en América Latina, Informe final, p. 89).

Igualmente (y recogiendo estos serios e incontrovertibles fundamentos), la reincidencia tiende a irse eliminando de cualquier Estado democrático de derecho, no sólo por vía de interpretación constitucional, sino por medio de reformas legislativas en tal sentido (como sucedió, por ejemplo, en Alemania, y, en nuestro continente, en Colombia y luego en Perú).

Con un criterio como el aquí sustentado, no se producirá ningún desmoronamiento de nuestro sistema penal (así como no se produjo la ruptura de los citados sistemas penales alemán, colombiano o peruano). Muy por el contrario, se fortificará, pues se tendrá mayor grado de confianza en la pena legalmente prevista para cada delito, sin necesidad de tomar en cuenta otras ya cumplidas para aumentarla (sobre la base de la pretendida "ineficacia" de la primera).

VII. Conclusión.

No existe ninguna razón valedera para legitimar constitucionalmente la pretendida agravación legal de la situación punitiva por "reincidencia". Por el contrario, toda orden legal represivizante, que tome en cuenta las condenas o penas que haya sufrido *antes* la persona condenada, violenta abiertamente las garantías básicas del Estado Constitucional de Derecho, pues se basa en *un presumido reproche de las características personales del autor, manifestadas por aspectos*

de su vida pasada, ya valorados en otro juicio penal anterior. Es por ello que, sin duda alguna, la “reincidencia” (como propuesta legal de aumento de la severidad punitiva) contamina el derecho penal constitucional.

Los fallos comentados explican debidamente las transgresiones constitucionales apuntadas.

Bibliografía

- ARNEDO, Miguel A.: *La reforma penal y el nuevo régimen de la reincidencia*, en *El Derecho*, t. 115, ps. 929 en adelante.

- AUED, Norberto R. – JULIANO, Mario A: *La probation y otros institutos del derecho penal*, Universidad, Bs. As., 2001.

- BERGALLI, Roberto: *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, España, 1980.

- CASTEX, Francisco: *La reincidencia en casación*, en *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Bs. As., 1998/B, ps. 543 y ss.

-CESANO, José Daniel: *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1997.

- CLEMENTE, Martín: *Invalidez constitucional de la reincidencia. Una aproximación a la cuestión como consecuencia de los recientes fallos plenarios sobre la materia*, en *1 Derecho Penal*, Iuris, Rosario (Santa Fe), Sept. 1992, ps. 29 a 40.

- DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis: *Los jinetes de la peligrosidad*, en *Revista mexicana de justicia*, nº 4, vol. V, oct.-

dic. 1987, Procuraduría General de la República, Instituto Nacional de Ciencias Penales.

- DONNA, Edgardo Alberto: *Reincidencia y Culpabilidad. Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal*, Astrea, Bs. As., 1984.

- FERNÁNDEZ, Gonzalo D.: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay, Trilce, Montevideo, 1988.

- IIDH: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Informe final*, Documento Final del Programa de Investigaciones desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1982-1986, Coordinador Profesor Doctor Eugenio R. Zaffaroni, Depalma, Bs. As., 1986, p. 89.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, Sudamericana, Bs. As., 11° edición, 1980.

- MAGARIÑOS, Mario: *Reincidencia y Constitución Nacional*, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia*, n° 7, ad-hoc, Bs. As., 1997, ps. 87 y ss.

- MAIER, Julio B. J.: *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple. Ne bis in idem*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Bs. As., 1986, ps. 415 en adelante.

- RIGHI, Esteban - Fernández, Alberto A.: *Derecho penal (La ley. El delito. El proceso y la pena)*, Hammurabi, Bs. As., 1996.

- SANSONE, Juan Manuel: *La extremaunción de la reincidencia*, en *Revista del Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, Fiscalía General de*

Formación, Capacitación y Estudios Superiores, Brapack, Bs. As., nº 12, febrero del 2004.

- VALLEJO, Manuel Jaén: *Principios constitucionales y derecho penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*, Ad-hoc, Bs. As., 1999.

- VITALE, Gustavo L., *Comentario bibliográfico al libro de Creus y Olazábal (Modificación al Código Penal ...)*, en revista *Doctrina Penal*, Depalma, Bs. As., 1985, ps. 164 a 168).

- VITALE, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Editores del Puerto, Bs. As., segunda edición, 2004.

- VITALE, Gustavo L., *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*, en *Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75º Aniversario del Código Penal*, Ad-hoc, Bs. As., 1998, de p. 71 a 130.

- VITALE, Gustavo L., *La "reincidencia" contamina el derecho penal constitucional*, en *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Bs. As., 2004, en prensa.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Bs. As., 1985.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Bs. As., 2000.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl – Sal Llargués, Benjamín: *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Bs. As., 2002, ps. 199 y ss.

- ZIFFER, Patricia S.: *Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración*, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia*, nº 7, ad-hoc, Bs. As., 1997, ps. 105 y ss.

FALLO 1

///en la ciudad de Necochea, a los 4 días del mes de Junio del año 2002, siendo las 13.00 horas, se reúne el Tribunal en lo Criminal N° 1 a los fines de dar lectura al Veredicto y Sentencia recaídos en los autos caratulados: "GIMENEZ, Miguel Angel s/ TENENCIA DE ARMA DE GUERRA, ROBO CALIFICADO y DAÑO" (Expte. N° 165-989 y 284-1432), producto de las deliberaciones realizadas en el Acuerdo Ordinario celebrado por el Tribunal, en el que se practicó el sorteo prescripto por el artículo 168 de la Constitución de la Provincia, resultando del mismo que la votación debía ser en el orden siguiente: Mario Alberto Juliano, Alfredo Pablo Noël y María Angélica Bernard, donde se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones:

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. JULIANO DIJO:

.....5.- Habida cuenta que en el presente caso, y como consecuencia de la ocasional integración del Tribunal, puedo alcanzar mayoría en el criterio que impulso desde el precedente "ARMENDANO", de declarar la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, y más específicamente de los arts. 50 y 14 del C.P., es que habré de fundamentar la posición a los fines de dar motivación suficiente a la tesis que propugno.-

.....Voy a reiterar los razonamientos que hice en aquél entonces.-

.....Es posible que una de las mas arduas batallas que a través de los tiempos hayan desarrollado el pensamiento liberal e ilustrado por un lado y las tendencias inquisitivas y autoritarias por el otro, haya estado constituido por la antinomia existente entre lo que

hoy conocemos como "Derecho Penal de Acto" (entendido como el ejercicio del poder punitivo limitado a las acciones prohibidas por la ley) y "Derecho Penal de Autor" (entendido como aquél en que la punición se centraliza mas en las características personales del delincuente que en el hecho cometido), ello expresado bajo distintas fórmulas, modalidades y rótulos, según el momento histórico.-

.....En efecto, desde siempre existió tensión manifiesta entre la persecución de brujas, herejes, endemoniados, judíos, comunistas, disidentes y otras categorías y "etiquetamientos" y aquellos que defendían espacios reservados a la esfera íntima del hombre, en la cual el Estado no debía inmiscuirse.-

.....En nuestro país, tal garantía -conocida como "de reserva"- quedó consagrada en el art. 19 de la Constitución de 1853, vigente hasta nuestros días: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".-

.....Considero que de dicha garantía -y fundamentalmente de su primera parte- se desprenden dos mandatos: que lo único que puede ser objeto o materia de prohibición son las "acciones" de los hombres y que las acciones seleccionadas como materia de prohibición deben contener determinadas características, constituyendo una de las principales la separación del derecho de la moral.-

.....Tal criterio ha sido acertadamente receptado por la C.S.J.N. al sostener: "...no es conciliable con los principios básicos de nuestra Constitución establecer un sistema represivo que formule tipos penales que no estén fundados en la descripción de conductas punibles, sino en características personales... Un Derecho Penal, centrado exclusivamente en las características del sujeto y desinteresado de sus conductas, abriría el

camino de la arbitrariedad estatal al punir categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas" (Fallos 313:1333, del voto del Dr. Petracchi, cons. 8, letra b).-

……De tal garantía, en forma implícita, se desprende el "principio de culpabilidad", que hace que cada individuo deba responder por la responsabilidad específica que le puede corresponder por la transgresión de una norma penal anterior al hecho del proceso (nullum poena sine culpa) y no por cuestiones ajenas a ello, como pueden ser sus intenciones, su personalidad, su forma de ser y el modo de conducir su vida.-

……Glosando a Mario MAGARIÑOS en "Reincidencia y Constitución Nacional" (Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, N°7, pág.97): "...si la ley penal sólo puede válidamente seleccionar acciones (art. 19 de la Constitución Nacional) y la pena solo debe fundarse en lo que previamente establece la ley (art. 18 de la Constitución Nacional), la reprochabilidad y la aplicación de la pena al autor solo adquieren legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla y carecen de toda legitimidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo distinto, por ejemplo: de la personalidad, del carácter o de la peligrosidad del individuo".-

……En este orden de ideas, considero que la reincidencia resulta ser un instituto que abrevia en el derecho penal de autor, y que como tal, colisiona con los principios basilares de nuestra Constitución, que precedentemente fuesen enunciados en forma suscita.

……El art. 50 del Código Penal la define del siguiente modo: "Habrà reincidencia siempre que quien hubiere cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena", constituyendo una de sus principales consecuencias la dispuesta por el art. 14 de dicho catálogo: "La libertad condicional no se concederá a los reincidentes".-

.....Superada ya la concepción positivista del derecho penal italiano que justificaba la reincidencia en la mayor peligrosidad del sujeto en relación al delincuente primario - reduciendo al hombre a una cosa regida mecánicamente y negándole su categoría de sujeto de derechos-, la principal fundamentación de los que sostienen su legitimidad -entre quienes se enrolan nada menos que la Cámara Nacional de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación- proviene de lo que la doctrina y jurisprudencia alemanas dieron en llamar "fórmula de advertencia", por la cual se entiende que debe ser mas severamente castigado aquel individuo que a pesar de haber sido advertido por medio de la imposición de una pena de las consecuencias del proceder ilícito, persiste no obstante en desafiar el orden establecido con la comisión de un nuevo delito, debiendo vencer mayores barreras que el que lo comete por primera vez, por lo cual corresponde asignarle una mayor culpabilidad, independientemente del hecho cometido.-

.....En este punto no puedo dejar de hacer notar que, como lo ha expuesto parte de la doctrina, sostener exactamente lo contrario es absolutamente posible ya que "la reincidencia demuestra que el autor carece de la capacidad de elaborar esa experiencia previa y de trasladarla a una decisión reflexiva" -Stratenwerth- o que "la recaída en el delito es la demostración de la menor capacidad del autor para conducirse conforme a la exigencias que le formula el Derecho" -Donna- (extraído de "Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración" por Patricia S. Ziffer en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año III, N°7, pág. 109).-

.....De ello debemos entonces colegir que el reincidente demuestra con los hechos ser mas "vulnerable" que otras personas a recaer en el delito, y que en función de esa debilidad, su situación debiera ser considerada con mayor benevolencia que la de aquel individuo que delinque por primera vez.-

.....Desde el ángulo de quienes cuestionan la justificación de la reincidencia -dentro de los cuales me enrolo- se han articulado diversas objeciones: a) que importa una transgresión al principio del "ne bis in ídem" (o prohibición de persecución múltiple), b) que implica una doble valoración de un mismo hecho (ya que además de la reincidencia en sí misma, por aplicación del art. 41 del C.P. sirve para graduar la pena aplicable), c) que se crea un delito autónomo (ser reincidente) accesorio al tipo penal infringido y d) que violenta al principio de culpabilidad al superar los límites impuestos por el hecho típico, incorporando al mismo cuestiones que le son ajenas.-

.....En tren de definir mi postura al respecto, dejo sentado que por la vía de la aplicación del instituto de la reincidencia, principalmente se violenta el principio de culpabilidad, que como se dijese antes, constituye una garantía implícita consagrada en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.-

.....En efecto, considero que la valoración de los antecedentes penales del imputado a los fines de agravar el monto de la pena a sufrir y el modo de su ejecución, resultan absolutamente extraños al tipo penal infringido (principio de legalidad y tipicidad), e independientemente que tal consideración haya sido incluida por el legislador en el catálogo punitivo, ello no empece a la existencia de una contradicción manifiesta con los principios generales del derecho, de la teoría del delito y de las garantías consagradas en la Constitución Nacional.-

.....Siguiendo el razonamiento de Francisco CASTEX en su trabajo "La reincidencia en Casación" (NUEVA DOCTRINA PENAL, 1998/B, págs. 543/560, Ed. Del Puerto) el principio de culpabilidad contiene dos elementos: uno objetivo (acciones lesivas para bienes jurídicos de terceros) y otro subjetivo (reprochabilidad por no haber actuado de otro

modo cuando le era posible y exigible hacerlo), de donde se impide que se agrave la pena de un delito por cuestiones ajenas al ilícito reprochable.-

……Como no encuentro mejores palabras que las expresadas por Luigi FERRAJOLI ("Derecho y Razón", pág. 481) para exponer la diferencia existente entre el acto prohibido y las condiciones personales del individuo que lo comete -que parecerían justificar la reincidencia-, paso a transcribirlas:- "El segundo fundamento, bastante mas importante en el plano ético-político, aportado por la ilustración penal al requisito de materialidad de la acción criminal es el principio axiológico de separación entre derecho y moral. Ya se ha hablado de la tesis de Hobbes, Puffendorf, Bentham y de todo el pensamiento laico y liberal sobre los límites del derecho respecto a la moral, límites en cuya virtud no todos los pecados deben ser prohibidos, ya que no es tarea del derecho sancionar o imponer la moral. Esta tesis encuentra en los principios de exterioridad de los actos susceptibles de prohibición penal y de reserva de los actos internos al dominio específico y exclusivo de la moral sus dos corolarios mas relevantes política y éticamente. De hecho, si la valoración de la interioridad de la moral y de la autonomía de la conciencia es el rasgo distintivo de la ética laica moderna, la reivindicación de la absoluta licitud jurídica de los actos internos y, aún mas, de un derecho natural a la inmoralidad es quizá el principio mas auténticamente revolucionario del liberalismo moderno. Observado en negativo, como límite a la intervención penal del estado, este límite marca el nacimiento de la moderna figura del ciudadano, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; y equivale, por lo mismo, a la tutela de su libertad interior como presupuesto no solo de su vida moral sino también de su libertad exterior para realizar todo lo que no está prohibido. Observado en positivo, se traduce en el respeto a la persona humana en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso

desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su dignidad personal; a la igualdad de los ciudadanos, diferenciables solo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal".-

……Siguiendo el mismo texto: "contra la idea, propagada por los positivistas, de que los delincuentes son una especie dentro del género humano, Enrico Pessina reafirmó el principio -mas igualitario que liberal- según el cual el hombre delinque no por lo que es, sino por lo que hace".-

……Analizada aún la cuestión desde la óptica de los fines de la pena, hoy no cabe duda alguna que a partir de la reforma de la Constitución en el año 1994 ha quedado definitivamente incorporado el concepto de "prevención especial" o "readaptación social" (art. 75, inc. 22 C.N.; art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.6. de la Convención Americana de Derechos Humanos; y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U. de 1957 -regla 63 y siguientes-), constituyendo "un deber del Estado frente al condenado proporcionar los medios para evitar el deterioro y la estigmatización y poder con ello disminuir los niveles de vulnerabilidad" (Francisco CASTEX, ob. cit.).-

……En tales términos, impedir al reincidente la posibilidad de acceder a la libertad condicional es una contradicción en sí misma, ya que importa negar que la pena haya surtido su efecto resocializador en la persona del delincuente, impidiéndole reintegrarse a la sociedad, quebrantando por añadidura el principio de "igualdad ante la ley" (art. 16 C.N.), ya que por un mismo hecho asiste tal posibilidad al delincuente primario.-

.....Finalmente, encuentro de relevancia la opinión que sobre el instituto ha dado el Dr. Benjamín SAL LLARGUES -Juez de la Sala I del Tribunal de Casación Bonaerense- en su artículo "Acerca de la Reincidencia", publicado en el N°4 de la Revista "GARANTIAS" de la Defensoría de Casación.-

.....Allí sostuvo -entre otros conceptos-: "Cualquiera sea su explicación, resulta evidente que es una consecuencia agravatoria de la situación de una persona sometida a un juicio penal actual, derivada de la circunstancia de que esta persona ya ha sido condenada con anterioridad por otro delito... Sin esfuerzo se sigue que la declaración de reincidente es derivación necesaria de una condena anterior que, de este modo, es actualizada en la posterior para agravar la situación actual de esa persona. Así esa condena anterior es nuevamente puesta en la cuenta del sometido a la segunda... Es indiscutible que la declaración de reincidencia cobra nueva vigencia la condena anterior, con lo que es a causa de la primera conducta que fuera juzgada en ella que se agrava la situación actual. De tal suerte -como lo propusieran Donna y Iuvaro (7p.p. 32 y 119) y Zaffaroni (40, p.128)- se impone la derogación del instituto".-

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DR. NOEL DIJO:-

.....Dejando la salvedad de mi voto disidente en punto al delito de TENENCIA DE ARMA DE GUERRA imputado al causante y compelido por la mayoría alcanzada, habré de votar en idéntico sentido que lo hace el Dr. Juliano, excepción hecha de la declaración de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia.-

.....Primeramente he de decir que conforme los antecedentes certificados que obran en la causa -reseñados por mí al tiempo de tratar la cuestión quinta del veredicto-, habiendo cumplido Gimenez pena privativa de libertad y conforme los plazos comprendidos,

corresponde aplicar dicho instituto al causante de conformidad a lo dispuesto por el art. 50 del Código Penal.-

.....Como -producto del Acuerdo celebrado en la causa- habrán de alcanzarse las mayorías necesarias para la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, me veo impulsado a motivar también mi disidencia, reproduciendo en lo principal lo que sostuve en el precedente que cita el colega que lleva la voz cantante con más nuevos argumentos que reafirman mi posición contraria.-

.....En punto a la pretendida declaración inconstitucionalidad de la reincidencia se lo ha hecho bajo argumentos de violación de la garantía constitucional non bis in idem, el principio de culpabilidad y de igualdad.-

.....Analizados todos ellos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires han declarado la constitucionalidad del mismo, en base a los argumentos que pasó a exponer y comparto.-

.....La Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 16 de agosto de 1.988 en "causa Ramón R. L'EVEQUE" dijo que el principio non bis in idem no impide tomar en cuenta la anterior condena, entendida ésta como un dato objetivo y formal a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. A lo que cabe añadir que la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no

formó parte de la valoración integral efectuada en la primer sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta".-

……En otras palabras, digo al no pertenecer la reincidencia a la estructura del hecho típico, no puede vulnerar de ningún modo la garantía del non bis in idem y se sitúa en la esfera de culpabilidad, sirviendo para adecuar la pena a una reprochabilidad cuya conciencia del injusto contiene, como elemento para el juicio de punibilidad, la medida de la desobediencia a la ley.-

……En cuanto a la garantía constitucional de igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas. Para concluir, el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso y como cimiento de sus bases esenciales.-

……El mismo Tribunal y en misma fecha en causa caratulada "Sinforiano Gómez Dávalos", siempre refiriendo al instituto reincidencia, estableció que "no es contrario al espíritu de la carta magna, radicando el fundamento de aquél en que la sanción impuesta con anterioridad ha resultado insuficiente para lograr encaminar la conducta del sujeto que nuevamente ha caído en la senda delictiva y permite a través de su aplicación -previo tratamiento correctivo- morigerar las aristas de su personalidad proclive a la comisión de delitos y concretar en definitiva su ansiada reinserción social".-

.....En fallo más reciente, el 9 de agosto de 2001 la Corte Suprema de Justicia de la Nación reexaminando la cuestión, mantuvo su posición y concluyó en la constitucionalidad del art. 52 del Código Penal, en autos: "Sosa, Marcelo Claudio s/recurso extraordinario", llevando a aplicar un instituto más gravoso como es el de reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, ante la reincidencia múltiple.-

.....También la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en fallo de fecha 23/08/2000 reafirmando su constitucionalidad determinó que la ley prevé diversos efectos de la reincidencia que no son incompatibles entre sí (arts. 14, 41 inc. 2 y 52, C.P.) (Causa Penal n° 60804).-

.....El Tribunal de Casación -Sala II- en idéntico sentido se pronunció en causa N° 6393 de fecha 09/08/2001: "No se viola garantía constitucional alguna cuando se declara la reincidencia y a la luz del art. 41 del Código Penal se evalúa dicha circunstancia como pauta agravante, en tanto como lo tiene dicho nuestro Superior Tribunal de la Provincia ello no implica una doblevaloración para la determinación de la pena, desde que la reincidencia no integra la figura delictiva ni produce en el régimen vigente una agravación de las escalas penales y, por el otro lado, la pérdida del beneficio previsto por el art. 13 del C.P. sólo incide en el modo de ejecución de la pena ya impuesta".-

.....Por último, y por citar sólo los más representativos, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Sala II en "causa Manuel De Reyes de Medina", al pronunciarse por la legalidad de la reincidencia, dijo: Se estima desorbitada la facultad judicial que por sí se entiende autorizada a modificar las bases esenciales de la política criminal del país cuando tal atribución pertenece exclusivamente al Congreso Nacional según lo establecido en el art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional. ... resulta inaceptable derogar disposiciones de antigua prosapia y muy razonable contenido, para otorgar el beneficio de

la libertad condicional al reincidente, con violencia tanto del texto de la ley como de la economía general de la actividad del estado, en materia tan gravitante en la paz social, como lo es la relativa al tratamiento de las conductas delictivas. (S.D. 84.923 03/06/86)".-

.....Entiendo que si bien la Constitución Nacional impone cárceles para garantizar la resocialización de los detenidos en ellas (art. 18), no es menos cierto que no se puede imponer al Estado una obligación de resultado, como tampoco puede olvidarse que es quien a la par debe llevar también la carga de garantizar "la seguridad de toda la sociedad" como una justa exigencia de una sociedad democrática (art. 1, 2 y 32 inc. 2 del Pacto de San José de Costa Rica).-

.....Así lo voto, por ser ello mi sincera y razonada convicción (arts. 373 y 375 inc. 2º del C.P.P.).-

A LA MISMA CUESTION LA SEÑORA JUEZ DRA. BERNARD DIJO:-

.....Voto en idéntico sentido que el Dr. Juliano y por iguales fundamentos, por ser ello también mi lógica, sincera y razonada convicción (arts. 373 y 375 inc. 2 del C.P.P.).

.....F A L L O

Necochea, 04 de junio de 2002.

.....AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

.....El Acuerdo que antecede, se RESUELVE:

.....IV.- DECLARAR -por mayoría- la inconstitucionalidad de los arts. 50 y 14 del Código Penal (arts. 16, 18 y 19 de la C.N.).-

.....V.- DECLARAR la inconstitucionalidad del art. 12 -segunda parte- del Código Penal para el caso de autos (arts. 75, inc. 22 C.N.; art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y con

jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U. del año 1957 -regla 63 y siguientes-)

.....REGISTRESE. NOTIFIQUESE.-

FALLO 2

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REINCIDENCIA

"Navarro, Zacarías Andrés s. robo calificado" - TRIBUNAL EN LO CRIMINAL N° 1 DE NECOCHEA

///en la ciudad de Necochea, a los cuatro días del mes de Agosto del año dos mil cuatro, siendo las doce horas, se reúne el Tribunal en lo Criminal N° 1, a los fines de dar lectura al Veredicto y Sentencia recaídos en los autos caratulados: "NAVARRO, Zacarías Andrés s.ROBO CALIFICADO" (Expte. N° 3603-0296)) y, producto de las deliberaciones realizadas en el Acuerdo Ordinario celebrado por el Tribunal, en el que se practicó el sorteo prescripto por el artículo 168 de la Constitución de la Provincia, resultando del mismo que la votación debía ser en el orden siguiente: María Angélica Bernard, Alfredo Pablo Noel y Mario Alberto Juliano, donde se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones:

QUINTA CUESTION: ¿Concurren agravantes?

A CUESTION PLANTEADA LA DRA. BERNARD DIJO:

Sin agravantes.-

A la cuestión planteada, voto por la NEGATIVA, por ser ello mi lógica, sincera y razonada convicción (arts. 371 inc. 5° y 373 del C.P.P.).-

A LA MISMA CUESTION EL DR. NOEL DIJO:

Computo como agravantes la recaída en el delito por parte del encartado como también que el presente hecho ha sido cometido por el imputado mientras estaba tramitando -a su solicitud- la conversión de la excarcelación en libertad condicional en causa caratulada "NAVARRO, Zacarías Andrés S/ ROBO CALIFICADO, ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA, HURTO DOBLEMENTE CALIFICADO, RESISTENCIA A LA AUTORIDAD Y ENCUBRIMIENTO" (Exptes. acumulados N° 156-955, 160-980 y 236), donde en fecha 20 de julio de 2.001 este Tribunal condenó al nombrado a la pena de TRES AÑOS DE PRISION, de cumplimiento efectivo, con costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de robo calificado en grado de tentativa (arts. 167 inc. 4 en relación 163 inc. 4 y 42 del C.P.), robo calificado (arts. 167 inc. 4 en relación 163 inc. 6 del C.P.), hurto doblemente agravado, (art. 163 incs. 3 y 6 del C.P.), resistencia a la autoridad (art. 239 del C.P.) y encubrimiento (art. 277 inc. 1, apartado C, del C.P.) todos ellos en concurso real -art. 55 del C.P.-, hechos acaecidos : 1) el día 17 de mayo del 2000 en la localidad de Necochea en perjuicio de la Escuela de Educación Técnica N° 3, 2) el día 17 de mayo del 2000 en la localidad de Necochea en perjuicio de Juan Angel Bravo, 3) el día 16 de agosto de 1999 en la localidad de Necochea en perjuicio de Daniel Bernabé Ferrari, 4) el día 16 de agosto de 1999 en la localidad de Necochea en perjuicio de la

Administración Pública, y 5) el día 30 de diciembre del 2000 en la localidad de Necochea en perjuicio de la Administración Pública Provincial.-

A la cuestión planteada voto por la AFIRMATIVA, por ser ello mi lógica, sincera y razonada convicción (arts. 40 y 41 del C.P.; arts. 106, 210, 371 inc. 5º y 373 del C.P.P.).-

A LA MISMA CUESTION EL DR. JULIANO DIJO:-

Tampoco encuentro agravantes.-

A la cuestión planteada, voto por la NEGATIVA, por ser ello mi lógica, sincera y razonada convicción (arts. 371 inc. 5º y 373 del C.P.P.).-

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA CUESTION PLANTEADA LA DRA. BERNARD DIJO:

2.- El señor Defensor Particular sostuvo en su alegato final que para el caso que se condenase a su representado, solicitaba se declarase la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia por entender que el mismo transgrede la prohibición de persecución múltiple y afecta al principio de culpabilidad por el hecho específico.-

A este respecto y al igual que en el caso anterior, el señor Agente Fiscal Adjunto rechazó la posibilidad que se decretase la pedida inconstitucionalidad por entender que de ser ello así, este Tribunal se arrogaría facultades legislativas.-

Entendiendo que en este caso se podrían alcanzar las mayorías necesarias para la declaración de la inconstitucionalidad que se pide, me permitiré extenderme en la forma más suscita posible para fundamentar mi adhesión a la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia.-

Recurro para ello a los argumentos dados por el Dr. Juliano en ocasión de votar una cuestión similar en el caso "ARMENDANO" de este Tribunal (Expte. 25-339) resuelto el 27/11/99.-

En lo sustancial, allí se dijo que:- "Es posible que una de las mas arduas batallas que a través de los tiempos hayan desarrollado el pensamiento liberal e ilustrado por un lado y las tendencias inquisitivas y autoritarias por el otro, haya estado constituido por la antinomia existente entre lo que hoy conocemos como "Derecho Penal de Acto" (entendido como el ejercicio del poder punitivo limitado a las acciones prohibidas por la ley) y "Derecho Penal de Autor" (entendido como aquél en que la punición se centraliza mas en las características personales del delincuente que en el hecho cometido), ello expresado bajo distintas fórmulas, modalidades y rótulos, según el momento histórico.- ...En nuestro país, tal garantía -conocida como "de reserva"- quedó consagrada en el art. 19 de la Constitución de 1853, vigente hasta nuestros días: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".- Considero que de dicha garantía -y fundamentalmente de su primera parte- se desprenden dos mandatos: que lo único que puede ser objeto o materia de prohibición son las "acciones" de los hombres y que las acciones seleccionadas como materia de prohibición deben contener determinadas características, constituyendo una de las principales la separación del derecho de la moral.- ...De tal garantía, en forma implícita, se desprende el "principio de culpabilidad", que hace que cada individuo deba responder por la responsabilidad específica que le puede corresponder por la transgresión de una norma penal anterior al hecho del proceso (nullum poena sine culpa) y no por cuestiones ajenas a ello, como pueden ser sus intenciones, su personalidad, su forma de ser y el modo de conducir su vida.- ...En este orden de ideas,

considero que la reincidencia resulta ser un instituto que abrevia en el derecho penal de autor, y que como tal, colisiona con los principios basilares de nuestra Constitución, que precedentemente fuesen enunciados en forma sucinta.- El art. 50 del Código Penal la define del siguiente modo: "Habrá reincidencia siempre que quién hubiere cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena", constituyendo una de sus principales consecuencias la dispuesta por el art. 14 de dicho catálogo: "La libertad condicional no se concederá a los reincidentes".- Superada ya la concepción positivista del derecho penal italiano que justificaba la reincidencia en la mayor peligrosidad del sujeto en relación al delincuente primario -reduciendo al hombre a una cosa regida mecánicamente y negándole su categoría de sujeto de derechos-, la principal fundamentación de los que sostienen su legitimidad -entre quienes se enrolan nada menos que la Cámara Nacional de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación- proviene de lo que la doctrina y jurisprudencia alemanas dieron en llamar "fórmula de advertencia", por la cual se entiende que debe ser mas severamente castigado aquel individuo que a pesar de haber sido advertido por medio de la imposición de una pena de las consecuencias del proceder ilícito, persiste no obstante en desafiar el orden establecido con la comisión de un nuevo delito, debiendo vencer mayores barreras que el que lo comete por primera vez, por lo cual corresponde asignarle una mayor culpabilidad, independientemente del hecho cometido.- En este punto no puedo dejar de hacer notar que, como lo ha expuesto parte de la doctrina, sostener exactamente lo contrario es absolutamente posible ya que "la reincidencia demuestra que el autor carece de la capacidad de elaborar esa experiencia previa y de trasladarla a una decisión reflexiva" -Stratenwerth- o que "la recaída en el delito es la demostración de la menor capacidad del autor para conducirse conforme a la exigencias que le formula el Derecho" -Donna- (extraído de "Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración" por Patricia S. Ziffer en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año III, N°7, pág. 109).- De ello debemos entonces colegir que el reincidente demuestra con los hechos ser mas "vulnerable" que otras personas a recaer en el delito, y que en función de esa debilidad, su situación debiera ser considerada con mayor benevolencia que la de aquel individuo que delinque por primera vez.- Desde el ángulo de quienes cuestionan la justificación de la reincidencia -dentro de los cuales me enrolo- se han articulado diversas objeciones: a) que importa una transgresión al principio del "ne bis in idem" (o prohibición de persecución múltiple), b) que implica una doble valoración de un mismo hecho (ya que además de la reincidencia en sí misma, por aplicación del art. 41 del C.P. sirve para graduar la pena aplicable), c) que se crea un delito autónomo (ser reincidente) accesorio al tipo penal infringido y d) que violenta al principio de culpabilidad al superar los límites impuestos por el hecho típico, incorporando al mismo cuestiones que le son ajenas.- En tren de definir mi postura al respecto, dejo sentado que por la vía de la aplicación del instituto de la reincidencia, principalmente se violenta el principio de culpabilidad, que como se dijese antes, constituye una garantía implícita consagrada en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.- En efecto, considero que la valoración de los antecedentes penales del imputado a los fines de agravar el monto de la pena a sufrir y el modo de su ejecución, resultan absolutamente extraños al tipo penal infringido (principio de legalidad y tipicidad), e independientemente que tal consideración haya sido incluida por el legislador en el catálogo punitivo, ello no empece a la existencia de una contradicción manifiesta con los principios generales del derecho, de la teoría del delito y de las garantías consagradas en la Constitución Nacional.- ...Analizada aún la cuestión desde la óptica de

los fines de la pena, hoy no cabe duda alguna que a partir de la reforma de la Constitución en el año 1994 ha quedado definitivamente incorporado el concepto de "prevención especial" o "readaptación social" (art. 75, inc. 22 C.N.; art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.6. de la Convención Americana de Derechos Humanos;; y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U. de 1957 -regla 63 y siguientes-), constituyendo "un deber del Estado frente al condenado proporcionar los medios para evitar el deterioro y la estigmatización y poder con ello disminuir los niveles de vulnerabilidad" (Francisco CASTEX, ob. cit.).- En tales términos, impedir al reincidente la posibilidad de acceder a la libertad condicional es una contradicción en sí misma, ya que importa negar que la pena haya surtido su efecto resocializador en la persona del delincuente, impidiéndole reintegrarse a la sociedad, quebrantando por añadidura el principio de "igualdad ante la ley" (art. 16 C.N.), ya que por un mismo hecho asiste tal posibilidad al delincuente primario".-

Propicio entonces que al momento de dictar la sentencia se decrete la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del C.P.-

3.- Propicio finalmente que al momento de dictar la sentencia se rechace la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 163, inc. 6º del C.P., como asimismo que se decrete la nulidad de los reconocimientos fotográficos llevados a cabo por el personal de Prefectura, en ambos casos por los fundamentos ya consignados.-

Así lo voto por ser ello mi lógica, razonada y sincera convicción (arts. 375 inc. 2º y 373 del C.P.P.).-

A LA MISMA CUESTION EL DR. NOEL DIJO:-

Entiendo que el monto de pena solicitado por el señor Agente Fiscal, de acuerdo a los antecedentes penales que registra el encartado como la extensión del daño causado, se ajusta en forma adecuada y proporcional a la culpabilidad que por el hecho específico es dable atribuir al causante, por lo que propicio que al momento de dictar la sentencia se lo condene a la pena de CUATRO AÑOS de prisión de efectivo cumplimiento, con más las accesorias legales y costas, debiendo hacerse lugar a la solicitud fiscal y declarar al mismo expresamente reincidente por cuanto el mismo fue condenado en fecha 20 de julio de 2.001 por este Tribunal en los autos caratulados "NAVARRO, Zacarías Andrés S/ ROBO CALIFICADO, ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA, HURTO DOBLEMENTE CALIFICADO, RESISTENCIA A LA AUTORIDAD Y ENCUBRIMIENTO" (Exptes. acumulados T.C. N° 156-955, 160-980 y 236) a la pena de TRES AÑOS DE PRISION, de cumplimiento efectivo, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de robo calificado en grado de tentativa (arts. 167 inc. 4 en relación 163 inc. 4 y 42 del C.P.), robo calificado (arts. 167 inc. 4 en relación 163 inc. 6 del C.P.), hurto doblemente agravado, (art. 163 incs. 3 y 6 del C.P.), resistencia a la autoridad (art. 239 del C.P.) y encubrimiento (art. 277 inc. 1, apartado C, del C.P.) todos ellos en concurso real -art. 55 del C.P.. Sentencia que se encuentra firme, ha recibido por ella el condenado tratamiento penitenciario, se le ha otorgado libertad condicional en dicha causa y por cuanto el nuevo hecho ha sido cometido en fecha 16/12/2001 quedando comprendidos en los plazos previstos por el art. 50 "in fine" del Código Penal (ver fs. 52/59).-

Con ello descarto la inconstitucionalidad de la reincidencia articulada por la defensa técnica, con oposición del ministerio público.-

Para tal conclusión tengo en consideración que el planteo formulado lo es sólo con apoyo dogmático o teórico olvidando las particulares circunstancias de la causa, dicho de otro modo, no se ha articulado ni probado cuales son las circunstancias fácticas que ameritan sustentar que en el caso concreto hay afectación a las garantías constitucionales.-

Pero si una omisión de tal entidad trasluce una petición implícita de invalidez constitucional permanente y generalizada del instituto puesto en crisis, tampoco puede tener acogida por cuanto es materia privativa del poder legislativo, en la hipótesis de máxima para los intereses de la defensa, "abolir" la reincidencia, lo cual además esta decir no ocurre a la fecha, sino por el contrario por actos propios de ese otro poder del Estado se pretende mantener su vigencia (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional).-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, siguiendo el ya citado precedente "PUPELIS" ha establecido que "La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.".-

De manera expresa el Superior Tribunal de Justicia del País, se ha pronunciado por la validez del instituto puesto en crisis por la defensa en fecha 16 de agosto de 1.988 en causa "Ramón R. L'EVEQUE" determinando "que la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primer sentencia condenatoria, por lo que mal puede arguirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta. En cuanto a la garantía constitucional de igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas. Para concluir que el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquéllas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso.-

El mismo Tribunal y en la misma fecha, en causa caratulada "Sinforiano Gómez Dávalos", siempre refiriendo al instituto reincidencia, estableció que "no es contrario al espíritu de la carta magna, radicando el fundamento de aquél en que la sanción impuesta con anterioridad ha resultado insuficiente para lograr encaminar la conducta del sujeto que nuevamente ha caído en la senda delictiva y permite a través de su aplicación -previo tratamiento correctivo- morigerar las aristas de su personalidad proclive a la comisión de delitos y concretar en definitiva su ansiada reinserción social".-

Por su parte, los altos Tribunales de esta Provincia aplican el instituto cuestionado (Sala I en causa Penal 2558 RSD 437-2 SD 22-08-2002, Sala III en causa Penal 6537 RSD 727-3 sd 04/11/2002, S.C.J.B.A. en causa penal 6751 del 31/08/99).-

Tal vez el fallo más representativo de tal pensamiento resulta el de la Sala II, en causa Penal Nro. 6883 (RSD-1018-1 SD del 20-12-2001), al establecer: "No es mas que una cuestión de política criminal que el legislador haya predeterminado el modo de cumplimiento de la pena en función de la proclividad delictiva del individuo inculpatado, tal como lo hace el art. 14 del CP, pues dada la inmutabilidad frente al castigo penal evidenciada por el inculpatado, el legislador estimó necesario un encierro tanto más prolongado como de efectivo cumplimiento. Los arts. 14 y 41 del Código Penal están íntimamente coordinados pues, el último permite aplicar una pena mayor ante el fracaso de la anterior, y el primero ejecutar esa pena agravada en su totalidad con el objeto de concretar, definitivamente, el fin preventivo especial de la sanción."

Por otra parte, la Sala Segunda del mismo Tribunal, en el mes de febrero del corriente año, en causa 11.424, revocando la sentencia dictada por este Tribunal en causa Marcelo Ezequiel LOPEZ en el tramo que declaraba -por mayoría- la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal prevista para el delito de robo agravado por el uso de armas, destacando "la previsibilidad con que deben contar las decisiones judiciales en función del principio de legalidad, en cuanto establece que tanto los presupuestos de punibilidad, como las consecuencias del fenómeno penalmente relevante atribuido debe hallarse establecidas con anterioridad al hecho, lo cual hará posible prever que la pena se mantendrá dentro del marco legalmente determinado para la figura que se trate."-

Dichas Sala determina que se puede superar tal valladar, siempre y cuando el enfrentamiento entre normas de diferente rango resulte claro, palmario, contundente y verificado, y que, en consecuencia, quede justificada suficientemente tan delicada actividad jurisdiccional. Por último, también afirman, que no pueden soslayarse "las circunstancias particularísimas" del hecho o del autor que habiliten la decisión. Lo contrario lleva irremediablemente a tener por inmotivada la decisión y a su casación (art. 460 del C.P.P.).-

Por el contrario, las circunstancias de la causa ameritan que el encartado a través de la pena a imponer reciba tratamiento penitenciario para su debida reinserción social (art. 1 y 5 de la ley 12.256).-

ASI LO VOTO por ser ello mi sincera y razonada convicción.-

A LA MISMA CUESTION EL DR. JULIANO DIJO:-

Tal como recordara la Dra. Bernard, habiendo transcurrido nada más que 1 año desde que fuese designado para desempeñar la función que actualmente ocupo, tuve la primera oportunidad de fijar mi posición en cuanto a la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (caso "Armendano", resuelto el 27/11/99).- El tiempo transcurrido desde aquel entonces (casi 5 años) no ha hecho más que reafirmar mi convicción en el mismo sentido.-

Existiendo en este juicio la posibilidad de alcanzar la mayoría necesaria para dar respuesta afirmativa al reclamo de la defensa: ¿resta aún decir algo más sobre la naturaleza inquisitiva y el carácter discriminatorio y clasista de la reincidencia? ¿Se puede agregar alguna otra idea sobre el tema a todo lo que se ha dicho desde Carmignani hasta nuestros días, pasando por Jimenez de Azúa, Zaffaroni, Maier, Donna, Magariños, Ziffer y tantos otros, para denostar a este arcaico instituto?

Francamente creo que es muy poco el espacio que queda para agregar algo nuevo en contra de la reincidencia, ya que todo lo que había que decir para demostrar que es jurídica y moralmente inaceptable, ya ha sido dicho, con mejores o peores palabras, con apoyatura en estadísticas, desde la óptica de la criminología, con cita de otros autores, pero todo dicho.-

Sin embargo, pese a ese esfuerzo ilustrado de años, es indudable que el instituto de la reincidencia parece gozar de muy buena salud en nuestros días y no existen siquiera atisbos de su posible pase a cuarteles de invierno, todo lo contrario.-

Junto con Benjamín Sal LLargués ("Acerca de la Reincidencia" en Revista Garantías, Año 2, N°4, Diciembre 2000. págs. 18/29) también considero que esta verdadera resistencia del derecho penal a la evolución y a despojarse de viejos resabios que sólo contribuyen a aumentar su deslegitimación se origina en la ficción de querer hacer aparecer un derecho penal "que solo funciona en el vacío de Torricelli", declamando objetos y finalidades que la realidad desmiente en forma categórica.-

Esto es lo que sucede con la reincidencia.- Se ha demostrado, hasta el cansancio, en forma empírica, diría, que el agravamiento de condiciones que supone ingresar en esa categoría sólo puede recibir explicaciones desde una concepción biologicista que tome al fenómeno penal como un fatal determinismo y al individuo incurso en el mismo como un enemigo público, difícilmente merecedor de un juicio justo.-

Y también se ha demostrado que se lo mire desde donde se lo quiera mirar es un instituto que abreva en el derecho penal de autor y viola incuestionables garantías constitucionales como lo son las que surgen del principio de culpabilidad, de la prohibición de persecución múltiple, del principio de inocencia y de la igualdad ante la ley.-

Sal LLargues (ob. cit.) nos recuerda lo que dice la Exposición de Motivos del Código Penal del Perú de 1991, que al igual que Alemania y Colombia, también eliminó la reincidencia, lo cual es oportuno traer a colación aquí:- "Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio non bis in idem, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social".-

Para finalizar, me detengo en lo que con relación a la reincidencia ha dicho hace muy poco una de las plumas más valientes e ilustradas de nuestro país. Gustavo L. Vitale, en un trabajo aún inédito ("La reincidencia contamina el derecho penal constitucional", en prensa en Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Bs. As., 2004) sostiene que: "No existe ninguna razón valedera para legitimar constitucionalmente la pretendida agravación legal de la situación punitiva por reincidencia. Por el contrario, toda orden legal represivizante, que tome en cuenta las condenas o penas que haya sufrido antes la persona condenada, violenta abiertamente las garantías básicas del Estado Constitucional de Derecho, pues se basa en un presumido reproche de las características personales del autor, manifestadas por aspectos de su vida pasada, ya valorados en otro juicio penal anterior. Es por ello que, sin duda alguna, la reincidencia (como propuesta legal de aumento de la severidad punitiva) contamina el derecho penal constitucional".-

Voto entonces como la Dra. Bernard, para que se condene al causante a la pena de 3 años de prisión, que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del C.P. y que se rechace la solicitud de inconstitucionalidad del art. 163, inc. 6° del C.P. y la nulidad de las diligencias de reconocimientos fotográficos, por sus mismos fundamentos, más los que acabo de agregar (arts. 373 y 375, inc. 2° del C.P.P.).-

F A L L O

Necochea, 4 de Agosto de 2004.

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

El Acuerdo que antecede, se RESUELVE:

I.- CONDENAR a Zacarías Andrés NAVARRO, argentino, D.N.I. N°30.519.542, soltero, domiciliado en calle 70 N°2172 de Necochea, chapista, nacido el día 22 de Agosto de 1980 en la ciudad de Necochea, hijo de Carlos Navarro y de Estela Beatriz Larre a la pena de TRES (3) años de prisión, con costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de ROBO DE AUTOMOTOR, hecho cometido el día 16 de Diciembre del año 2001 en calle 77 N°314 de Necochea y en perjuicio del señor Roberto Daniel Orgambide (arts. 29 inc. 3, 40, 41, 45, 163, inc. 5 y 167, inc. 4, todos del Código Penal y arts. 371, 373, 375, 522, 523, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal).-

II.- DECLARAR -por mayoría- la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del C.P. (arts. 16, 18 y 19 C.N.).-

III.- RECHAZAR la solicitud para que se declare la inconstitucionalidad del art. 163, inc. 6° del C.P. (art. 1 C.N.).-

IV.- RECHAZAR la solicitud de nulidad de las diligencias de reconocimientos fotográficos realizadas a fs. 172/173, 174/175, 176/177, 178/179 y 180/181 (art. 261 C.P.P.).-

V.- FIRME que sea la presente, practíquese cómputo de pena y practíquense las comunicaciones de estilo, convirtiendo en definitivos los depósitos provisorios.-
·REGISTRESE. NOTIFIQUESE.//-

Fdo.: Dr. Mario Alberto Juliano - Dr. Alfredo Pablo Noel - Dr. Maria Angélica Bernard

Ante mi: Verónica Posse - Auxiliar Letrado

Fuente: <http://www.eldial.com.ar/>