

LA REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA
PUNIBILIDAD Y SU RELACION CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y CON LAS
GARANTIAS QUE DE ÉL DERIVAN. (*)

“Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica: proposición que puede hacerse más general de esta manera. Todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad es tiránico”.

Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria- “Tratado de los delitos y de las penas”, Cap. II “Derecho de castigar”.

I. Algunas consideraciones previas.

La elección del tema que se pretende abordar tiene una génesis y un objetivo. La primera se encuentra en los contenidos de dos módulos desarrollados en el marco de los XVI Cursos de Postgrado en el área Derecho Penal organizados por la Universidad de Salamanca entre los días 10 y 27 de enero de 2005, referidos a “Derecho Penal y principios constitucionales” y a “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal”.

La consideración, ya pacífica, de que a cada plano de la Teoría del Delito subyacen las garantías constitucionales; la relación de género a especie existente entre la teoría elaborada en torno a aquellas circunstancias modificativas y la agravante de

reincidencia; la *inexhausta problematidad*¹ implicada en la vinculación de ésta con los principios de legalidad y de culpabilidad y con la garantía del “ne bis in ídem”, así como algunas notas semejantes que presentan las legislaciones positivas española y argentina en materia de punibilidad del instituto, son otras razones que han reforzado el sustento motivacional de su elección.

Su objetivo –inacabado, por cierto- consiste en la posibilidad de situar una vez más el antiguo mecanismo agravador en el plexo jushumanista de las garantías constitucionales, cuyo horizonte –aunque inalcanzable- indica el camino a seguir en estos tiempos en que el brazo punitivo -ya en Europa, ya en América Latina- intenta extenderse e instalar de modo maniqueísta, como antinomia irreductible, el conflicto entre el derecho a la seguridad de los ciudadanos y los restantes derechos y garantías.

Finalmente, adelantase que se ha de formular una breve referencia a la legislación y jurisprudencia españolas con un sentido apenas descriptivo, sin que de ello pueda derivarse intención alguna en promover la exportación de modelos o de juicios axiológicos, porque la inclusión y vigencia de la reincidencia en el derecho positivo de cada país sólo encuentra su razón de ser en los caracteres idiosincráticos de ese particular contexto tempo-espacial y cultural.

II. Introducción.

¹ Conforme al adecuado título dado por Jorge Kent al comentario a un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal “Reincidencia (“non bis in ídem” e igualdad) una inexhausta problematidad” publicado en La Ley, Supl. de Jurisprudencia Penal, 30-6-98; págs. 12-20.

Forzoso es señalar que en el curso de los dos últimos años, a instancia de un rebrote de actos delictivos que podrían categorizarse como pertenecientes en su mayoría a la micro-criminalidad, la legislación penal y procesal penal argentina ha sufrido reiteradas modificaciones, todas restrictivas de aquellos derechos, v.gr. el incremento en las escalas punitivas de los tipos penales que, además de haber quebrantado su unidad lógico-sistemática, ha conllevado un agravamiento inusitado y desconocido en la historia de la codificación penal argentina.

Aunque es obvio decirlo, no han sido reformadas, derogadas o sustituidas aquellas normas que, *per se*, poseen implicada una situación de objetiva gravedad como las referidas al instituto de la reincidencia (legislado en el art. 50 C.P.) y a sus derivaciones, la multi-reincidencia como causa de imposición de la medida accesoria de reclusión por tiempo indeterminado (art. 52) y la que regla el impedimento de conceder la libertad condicional a los reincidentes (art. 14).

Ya en el plano adjetivo, el instituto de referencia siempre ha sido causa obstativa del otorgamiento de medidas alternativas a la prisión preventiva, de excarcelaciones, de medidas suspensivas como la "probation" y sus efectos también se han extendido a la prohibición del goce de libertades anticipadas en la etapa ejecutiva de la pena.

III. Genealogía de la Reincidencia en el derecho positivo argentino.

El art. 40 del Código Penal Argentino establece que "*en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad con las reglas del artículo siguiente*", y el art. 41 señala que a los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: ...2º (...) *las reincidencias en que hubiera incurrido (...)*"

De su parte, el art. 50 prescribe que: "*Habrà reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena ...*".

El Código Penal Español también la incluye como una causa modificativa que agrava la punibilidad (art. 22.8).

Las ideas filosóficas que influyeron en la legislación penal argentina posterior a la sanción de la Constitución Nacional de 1853 tuvieron una importante y rica evolución hasta la sanción en 1921 del C.P. que, manteniendo sus notas fundamentales, actualmente rige.

Superados los proyectos de reformas de 1865, 1868, 1891 y 1906 que siempre incluyeron a la reincidencia en su normativa, ésta finalmente fue receptada por el Código Penal elaborado por Rodolfo Moreno.

La legislación argentina a principios del siglo XX se había nutrido de las corrientes científicas y de la dogmática penal europeas. Estaba fuertemente influenciada por el pensamiento positivista de sus representantes en la línea criminológica, Rafael

Garófalo y Enrique Ferri –quien, por entonces, presentaba su Proyecto italiano-, y la teoría del *estado peligroso* ejercía gran predicamento.

Este pensamiento directriz fue particularmente tomado en cuenta por el redactor del código. Así lo puso de manifiesto en el comentario al artículo 50 al citar las ideas de estos autores como antecedentes de la punición de la reincidencia.

En efecto, Rodolfo Moreno (h) decía que el delito no sólo ocasiona un daño a la víctima sino que genera alarma en la población, de ahí que es necesario no sólo tomar medidas contra el infractor que incurre en una nueva conducta delictiva, sino que esas medidas tienen que reunir un carácter ejemplarizador y apartar a los demás del camino inconveniente².

Ya al justificar la recepción de la reincidencia genérica, añadió tener en cuenta el hecho de que la actividad criminal y el peligro social que representan los delincuentes se manifiesta con el delito, de cualquier clase que sea³.

Desde sus inicios, el C.P.A. estableció claramente que se trata de un agravamiento de la pena. Y más de cincuenta años debieron pasar para que se lograra superar la crítica etapa de la reincidencia “ficta”, que fuera derogada por la Ley 23.057⁴.

² MORENO, Rodolfo (h) El Código penal y sus antecedentes H.A. Tomassi Editor, 1923, pág. 70.

³ MORENO, ob. cit. pág. 99.

⁴ Promulgada el 3-4-84 y publicada en B.O.R.A. el 5-4-84.

Por lo tanto, el único sistema que actualmente rige es el de la reincidencia real, es decir, aquel que requiere que la pena debe haber sido al menos parcialmente cumplida, aunque mantiene desde sus orígenes su carácter genérico.

IV. Fundamentos justificantes de su regulación desde el punto de vista de la dogmática penal y de la política criminal. Algunas réplicas.

Aun brevemente, por ser ya conocidos, corresponde detenerse una vez más en los fundamentos que siguen utilizándose para defender la constitucionalidad del instituto.

En este sentido se ha dicho que la comisión del segundo delito debe ser castigada mediante la imposición de un plus, porque demuestra que la pena anterior ha resultado insuficiente para impedirlo; o que el tratamiento penitenciario aplicado no ha alcanzado a cumplir con su fin preventivo especial.

Se ha respondido en primer término que la circunstancia de haberse optado en la Argentina por el sistema de reincidencia real deja sin sustento el argumento, ya que no se puede hablar de pena insuficiente cuando este tipo de reincidencia admite una medida insuficiente de la misma. Y, asimismo, porque sus efectos no se vinculan con una necesidad de mayor prevención sino que opera en forma automática, de darse los presupuestos exigidos por la norma del art. 50⁵.

⁵ GARCIA, Luis M. "REINCIDENCIA Y PUNIBILIDAD", Editorial ASTREA, 1992, págs. 105-106.

En segundo orden, el argumento de que el tratamiento penitenciario no ha resultado de suficiente aprendizaje es ciertamente objetable, ya que no pueden obviarse dos datos de la realidad: el primero, que el sujeto no está obligado a someterse al mismo porque la resocialización es un derecho y no una obligación; luego, porque no corresponde hacer recaer en él los déficit o, en muchos casos, la ausencia de una política preventiva especial cuya ideación, planificación y ejecución no es de su responsabilidad.

También se ha acudido al criterio de que la reincidencia constituye una agravación del injusto en razón de concurrir una doble lesión, una inmediata y la restante mediata o política, constituida esta última por el mayor nivel de alarma social, criterio luego convertido en el *interés general en la preservación del orden jurídico*⁶.

Esta tesis también ha sido descalificada, por cuanto la gravedad del segundo hecho estaría sometida al grado de conocimiento de la sociedad sobre su existencia. De otro modo, no podría generar alarma social.

También se sostiene que el mayor rigor punitivo se justifica por una mayor culpabilidad de acto⁷, en tanto la pervivencia de una tendencia ilícita demuestra una mayor conciencia de antijuridicidad.

A este juicio se responde que quien luego de haber sufrido prisionización, no ha logrado incorporar como enseñanza el tratamiento penitenciario, revela una menor

⁶ *Código Zanardelli*, citado en ZAFFARONI Eugenio R.-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro "DERECHO PENAL Parte General", EDIAR, 2000, pág. 1009.

⁷ Maurach y Sauer, citados en FONTAN BALESTRA, Carlos, Derecho penal-Introducción y Parte General, Lexis Nexis, 2002, pág. 515.

conciencia de antijuridicidad y una mayor vulnerabilidad, en la medida que aquel estado de privación de libertad ha generado efectos deteriorantes en su capacidad de culpabilidad⁸.

Asimismo, contra la alegación de que vulneraría la garantía que impide el doble juzgamiento se ha dicho que "El principio *non bis in ídem* consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional prohíbe la nueva aplicación de pena, pero en forma alguna impide que el legislador tome en cuenta la anterior condena a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en un nuevo delito penal"⁹.

Este fundamento podría incurrir en una contradicción argumentativa, porque si la garantía impide imponer una nueva pena, no se advierte la razón para ajustar con mayor precisión un tratamiento que sólo puede ser aplicado en función de esa imposición.

Finalmente, no puede omitirse citar la novedosa hipótesis desarrollada por el Profesor Julio B. J. Maier, aunque atribuyendo su propiedad intelectual a otro jurista¹⁰.

Señala Maier, aunque sin arriesgar una solución definitiva, que aquello que se valora para que prospere la agravante e incida sobre la escala penal o sobre la forma

⁸ JULIANO, Mario en AUED-JULIANO "LA PROBATION y otros institutos del Derecho Penal" Editorial Universidad, 2001; págs.115-116; R.E. ZAFFARONI y B. SAL LLARGUES, en "DAVID BAIGÚN-EUGENIO R. ZAFFARONI- CODIGO PENAL y normas complementarias Parte General-2"; Título VIII "Reincidencia"; Editorial HAMMURABI; págs. 225-227.

⁹ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III "Di Paola, Rodolfo" diciembre 16 de 1997 en LA LEY, Suplemento de Jurisprudencia Penal del 30-6-98, págs. 12 a 18.

¹⁰ El profesor Alberto M. Binder.

de cumplir la pena no es, en sí, la culpabilidad o la pena del hecho ya juzgado, sino el hecho que “etiqueta” al autor de la condena o pena sufrida. Que el delito anterior no se vuelve a juzgar ni se pena nuevamente, sino que la condena o pena sufrida determina una clase especial de autores al estilo “funcionarios públicos”. Señala que, dogmáticamente, se trataría de uno de los llamados *delitos especiales impropios*, porque la calidad de autor no funda la prohibición penal sino que la agrava. La agravante, así, no sería más que una agravante para autores o partícipes que, sólo por una cuestión de comodidad, el legislador ha expresado en forma genérica; de la misma manera podría haberla expresado en cada uno de los tipos básicos que comprende.

Sin embargo, es el propio Maier quien señala los obstáculos a esta postura y dice que, conforme a ella, no se castigaría al autor porque ha perpetrado una infracción de mayor gravedad o porque ha tenido un mayor conocimiento sobre la antijuridicidad del hecho, sino porque responde a una categoría de autor específico, a alguien que de antemano se “etiqueta” genéricamente estableciendo para él, si se quiere, un código penal especial, con penas mayores que las normales según la valoración del hecho. Que, criminológicamente, el sistema así estructurado discrimina a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado según la ley penal y lo trata de manera diferente al resto de las personas al colgarle la etiqueta de delincuente, por lo que considera que la postura descrita fundaría un derecho penal de autor del cual los efectos de la reincidencia resultan un ejemplo claro¹¹.

¹¹ (DERECHO PROCESAL PENAL –I. Fundamentos; Editores del Puerto, 2002; págs. 640 y ss.).

A esta autocrítica efectuada por el autor citado debe adicionarse que la hipótesis en crisis podría constituir una extensión no legislada de los tipos penales de la parte especial del Código. Asimismo, la creación de un tipo de autor contrariaría el principio de legalidad y una de sus derivaciones, el de la proscripción de la interpretación analógica *in malam partem* por su carácter expansivo de punibilidad.

V. Jurisprudencia de los Superiores Tribunales nacionales.

En la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver una petición de inconstitucionalidad del art. 14 Código Penal -que impide conceder la libertad condicional a los reincidentes-, resolvió que *“el principio del “non bis in ídem” prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador 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 que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal¹².*

También, 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*

¹² Fallos –CSJN, 311:522

antes, recae en el delito, y que 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”¹³.

Ambos fallos fueron dictados en la década de 1980.

En tanto, el Tribunal Constitucional Español también ha sostenido su constitucionalidad, v .gr. en las STC 150/91 y 152/92¹⁴.

Enrique Bacigalupo ha dicho con relación a la primera que, si bien el TC estableció como premisa que “no es constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”, concluyó que “no se vulnera el principio “ne bis in ídem” pues con la apreciación de la agravante de reincidencia (...) no se vuelve a castigar el hecho anterior, o los hechos anteriores (...), sino exclusivamente el hecho posterior”.

Señala el jurista que esta afirmación ha merecido severas críticas dado que, al incrementar la pena del nuevo hecho por los anteriormente castigados, lo que se hace

¹³ Fallos: 311:1451.

¹⁴ CURSO DE DERECHO PENAL Parte General; Ediciones Experiencia, 2004-BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan C., GARCIA RIVAS, Nicolás; SERRANOPIEDCASAS, José R.; TERRADILLOS BASOCO, Juan; pág. 62.

en realidad es castigar nuevamente una culpabilidad ya extinguida por la pena sufrida¹⁵.

En esta misma línea, Mir Puig –luego de citar varios antecedentes denotadores de la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo que, con anterioridad a aquel fallo del TCE, señalaban la improcedencia de la computación automática de la reincidencia- ha considerado que la STC 150/91 de 4-julio, al declarar la plena compatibilidad entre la regulación vigente del CPE y la Constitución, ha dejado sin andamiaje el criterio que llevaba sentado el TS.¹⁶

VI. Los principios de legalidad y de culpabilidad en la Constitución Nacional Argentina.

Reza el art. 18 en su primera parte:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (...)”

La regla se complementa con la manda contenida en el art. 19 en cuanto señala que: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden o a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y

¹⁵ BACIGALUPO, Enrique, DERECHO PENAL Parte General, HAMMURABI, 1999, pág. 627.

¹⁶ MIR PUIG, Santiago, DERECHO PENAL Parte General, Julio César Faira Editor, 2004; págs. 624-625, nota 23.

exentas del control de los magistrados. *Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*"

Como puede observarse, la Constitución Argentina ha tomado partido, asimismo, por *el principio de culpabilidad por el hecho*, por el *acto*, sintetizado en la fórmula "*nullum poena sine culpa*".

VII. La reincidencia y los principios constitucionales. Toma de posición.

Ciertamente, las tesis a las que suscintamente se ha hecho referencia han tenido su razón de ser en un determinado contexto histórico-político y desde el cual pueden ser explicadas aunque no se las justifique.

El interrogante a develar es si pueden mantenerse como han sido expuestas en atención a la evolución que han desarrollado la dogmática penal y la teoría general de la pena, por una parte; la indisputable opción por el respeto a los derechos humanos constitucionalizados y las garantías que los amparan, magüer las particulares características que derivan culturalmente de cada región.

Con este marco referencial, puede señalarse que la punición de la reincidencia violenta el concepto de libre determinación del hombre y del libre desarrollo de su personalidad en el ámbito de la autonomía de su decisión.

En efecto, si se postula en el contexto de un derecho penal liberal que toda persona es libre en su decisión y voluntad y que, en todo caso, debe responder por las consecuencias pero de los hechos futuros, y no de los pretéritos –que ya fueron

retribuidos con la imposición de pena- innegable resulta que la reincidencia contraría fuertemente el camino abierto por el derecho penal jushumanista. Al renovarse el castigo por aplicación del instituto, se frustra su horizonte de proyección dirigido al hombre que es su destinatario, quien ha visto limitada su capacidad decisoria por efecto de la prisionización.

Dicho de otro modo, castiga al sujeto por su conducción en la vida, conforme a la tesis sustentada por Edmund Metzger¹⁷, tributaria de un derecho penal de autor.

Se neutraliza, en palabras de Hassemer, un derecho penal orientado a las consecuencias, que no se satisfacen sólo con la persecución del injusto y con su compensación mediante la expiación del delincuente, sino que persiguen mejorar al autor del delito y contener a la delincuencia en su conjunto¹⁸.

Asimismo, altera el criterio de mínima irracionalidad punitiva cuya pregnancia debe alcanzar a la imposición de sanción por el segundo ilícito: la nueva pena ya no es adecuada a éste porque excede el límite que impone la culpabilidad por el acto.

Consecuentemente, también desequilibra el principio de proporcionalidad porque, como se decía, una pena que no está demarcada por el nuevo injusto no guarda correspondencia con la magnitud del mismo.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, EDMUND METZGER Y EL DERECHO PENAL DE SU TIEMPO-Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, Tirant lo blanch, 2003; págs.47-48.

¹⁸ HASSEMER, Winfried, FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL; BOSCH, 1984; págs-34-36

Por este motivo, teniendo en cuenta el principio de legalidad, la punición de la reincidencia tampoco reviste carácter razonable, en tanto no se observa justa al sancionar con mayor pena la conducta ulterior.

Como se pregunta Bidart Campos: -¿basta que la ley mande o prohíba, para que sin más lo mandado o impedido sea *constitucional*?-. Y se responde: hay que llenar de contenido material de justicia al principio de legalidad para que la ley sea constitucional, por lo que aquel principio contenido en el art. 19 C.N. debería rezar del siguiente modo: *nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley "justa" (o razonable) no manda ni privado de lo que la ley "justa (o razonable) no prohíbe*¹⁹.

El instituto en análisis conlleva también una doble valoración prohibida por la vigencia de la garantía del "ne bis in ídem".

Valga el *excursus* de señalar que, en interpretación disímil a la sostenida por los magistrados integrantes de la Cámara de Casación Penal a cuyo fallo se ha hecho referencia –supra III, nota 9- en puridad, la garantía no emergería linealmente del art. 18 sino que surge del art. 33 de la misma Ley Magna, como uno de los derechos y garantías implícitos.²⁰

Acerca de la mentada garantía ha dicho el TCE que *"está íntimamente vinculado más que con el derecho a la tutela legal efectiva (...) con los de legalidad y tipicidad (...) y que supone (...) que las autoridades de un mismo orden, a través de procedimientos distintos, no puedan sancionar repetidamente una misma conducta*

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO, T. I-A, EDIAR, 2000; pág. 803.

²⁰ *"Las declaraciones derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".*

*ilícita por entrañar esta duplicación de sanciones una inadmisble reiteración en el ejercicio del ius puniendi.*²¹

Imponer un plus punitivo por una situación de hecho ya valorada y juzgada; reeditar o trasladar al presente un acto pretérito importa, lisa y llanamente, materializar el “bis in ídem” cuya prohibición garantiza el principio de culpabilidad por el acto contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional y también en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (arts. 5,6 y 8,2) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 10 y 14,2), constitucionalizados en la República Argentina en virtud de lo dispuesto en el art. 75,22 C.N.²²

No obstante los esfuerzos desplegados para fundamentar la pertinencia del instituto y que han sido reseñados en el parágrafo IV de este trabajo, indisputable resulta que la conducta anterior y su consecuente sanción, ameritada conforme a aquella culpabilidad, son nuevamente valoradas para adicionar pena.

Se ha intentado ejercer su defensa arguyéndose que no se trata de revisar el hecho anterior o la culpabilidad pretérita o la pena ya sufrida, pero hay una razón de estricta lógica que desarma esos argumentos: el fundamento, el *ser* de la reincidencia reposa en la existencia de aquella porción vital que fue juzgada y castigada. Si ésta no

²¹ TC 1ª S.107/1989 de 8-jun. publicado en Rev. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA “Ledico” Año I-nº 6-1989; Ed. DOCTRINA JUDICIAL S.A.; Págs. 900-902.

²² Art. 75: *Corresponde al Congreso (...) 22. Aprobar o desechar tratados ... Los tratados ... tienen jerarquía superior a las leyes (...) la Convención Americana de los Derechos Humanos, (...) el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos ...en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía*

hubiera existido, no habría razón para considerar que el segundo hecho contiene una mayor carga de injusto, o que el sujeto presenta una mayor culpabilidad o que la segunda pena debe ser incrementada.

Huelga concluir, entonces, que el instituto habilita una nueva valoración de aquella etapa, que es precisamente contra lo que se yergue el “ne bis in ídem”.

Por último, aunque la hipótesis que se ensaya a continuación constituye materia opinable, podría sostenerse que el hecho pretérito ha pasado a formar parte de la conducta anterior y privada de toda persona. Por esta razón, estaría amparado por el axioma contenido en el art. 19 de la Constitución argentina: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden o a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas del control de los magistrados.*

Más claramente: el hecho cometido con anterioridad fue saldado con el cumplimiento de pena y ha pasado a formar parte de su historia. Como tal, es personalísimo, íntimo, privado y pertenece a la esfera interna o de reserva de cada hombre.

Resignificar ese pasado como fundamento del excedente agravatorio vulneraría el derecho a la privacidad y a la intimidad. En este contexto hermenéutico, revisarlo podría constituir una intromisión no autorizada constitucionalmente, en cuanto estaría exento del control de los magistrados por no ofender el orden ni la moral pública, en las palabras del art. 19 de la Magna Ley argentina.

constitucional ... y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella (la C.N.)

En este sentido, sin que esta idea posea carácter admonitorio, podría correrse el riesgo de que la revitalización de aquella conducta histórica conllevara una intromisión estatal no permitida por la Constitución.

VIII. Conclusión.

El presente trabajo ha sido elaborado teniendo como sustento la evolución del pensamiento jurídico-penal y político-criminal de esta región de América Latina y su relación con su propia realidad histórico-política y social, cuyas respectivas influencias nutricias se entrecruzan y se mezclan .

Dado este marco delimitador, debe decirse que la comisión de todo delito o la recaída en él, responde a la suma de diversos factores, algunos de ellos muy complejos, y ciertamente se ignora si logrará desentrañarse alguna vez su causa primera.

No obstante, puede señalarse que una de las razones que aparejan la ausencia de efecto disuasivo en el sufrimiento implicado en toda pena es que el encierro penitenciario, desde hace mucho tiempo, no se orienta en términos generales a la reeducación y a la preparación para la vida en libertad.

La pena y su finalidad reconstituyente de la lesión ocasionada por el delito son raramente respetadas. Las cárceles argentinas cuentan con una superpoblación que supera en aproximadamente un cuarenta por ciento su capacidad de alojamiento; una

cantidad superior al ochenta por ciento de los detenidos carece de condena firme y, por lo tanto, no recibe tratamiento penitenciario; y aun en el caso de proveérseles, no aparece suficiente en el establecimiento de líneas planificadas y personalizadas de reparación en la medida de lo posible del daño ocasionado y de reeducación para el reintegro a la vida comunitaria.

La realidad descrita, sin embargo, no debería impedir seguir creyendo en que la inevitabilidad de la pena deriva de su absoluta necesidad, como lo anticipara Beccaria.

No está de más reiterar una vez más que esta necesidad debe verificarse cada vez que se acude a su imposición como *última ratio* conforme al principio de la mínima intervención del Estado, en procura de proteger bienes jurídicos fundamentales y una vez que se ha agotado el espectro de medidas alternativas y sustitutivas de la pena de prisión.

De otro modo, se corre el riesgo de perderse el norte de la absoluta necesidad de su aplicación y de que se transforme en un acto tiránico, como señeramente lo destacara el insigne Maestro.

María Ester Zabala

(*) Trabajo monográfico presentado en los Cursos de Posgrado de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (Enero 2005)

Bibliografía consultada:

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan C., GARCIA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José R.; TERRADILLOS BASOCO, Juan CURSO DE DERECHO PENAL Parte General; Ediciones Experiencia, 2004.

BIDART CAMPOS, Germán J. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO, T. I-A, EDIAR, 2000.

FONTAN BALESTRA, Carlos, Derecho penal-Introducción y Parte General, Lexis Nexis, 2002.

GARCIA, Luis M., "REINCIDENCIA Y PUNIBILIDAD", Editorial ASTREA, 1992.

HASSEMER, Winfried, FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL; BOSCH, 1984

JULIANO, Mario en AUED-JULIANO "LA PROBATION y otros institutos del Derecho Penal" Editorial Universidad, 2001

KENT, Jorge, "Reincidencia ("non bis in ídem" e igualdad) una inexhausta problematicidad"; La Ley, Supl. de Jurisprudencia Penal, 30-6-98.

MAIER, Julio B.J.: "DERECHO PROCESAL PENAL-I. Fundamentos; Editores del Puerto, 2002.

MORENO, Rodolfo (h), "El Código penal y sus antecedentes" H.A.Tomassi Editor, 1923.

MUÑOZ CONDE, Francisco, "EDMUND METZGER Y EL DERECHO PENAL DE SU TIEMPO-Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo"; Tirant lo blanch, 2003.

Rev. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA "Ledico" Año I-nº 6-1989; Ed. DOCTRINA JUDICIAL S.A.

ZAFFARONI Eugenio R.-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro "DERECHO PENAL Parte General", EDIAR, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio R. y SAL LLARGUES, Benjamín en "DAVID BAIGÚN-EUGENIO R. ZAFFARONI- CODIGO PENAL y normas complementarias Parte General-2.