

GONZALO FEDERICO GARCIA

**EL INSTITUTO DE**  
**LA**  
**REINCIDENCIA**  
**EN EL**  
**DERECHO PENAL**  
**ARGENTINO**

Trabajo final de graduación

Carrera: Abogacía

Alumno: Gonzalo Federico García

**Universidad Empresarial Siglo XXI**

## **Índice General**

Índice General.....	2
Introducción.....	5

### **Capítulo I**

#### **Consideraciones Generales**

##### **La Reincidencia Penal**

1. Introducción.....	08
2. Definición de Reincidencia.....	08
3. Caracterización.....	10
a) Condena anterior a pena privativa de libertad.....	10
b) Cumplimiento efectivo de la pena anterior.....	10
c) Nuevo delito.....	10
d) Expresa declaración en el fallo.....	10
4. Clasificación de la Reincidencia.....	11
a) Genérica y Específica.....	11
b) Real y Ficta.....	12
5. Multirreincidencia.....	13

### **Capítulo II**

#### **Evolución Histórica de la Reincidencia en la Legislación Argentina**

6. El Código Tejedor de 1964.....	17
7. Proyecto Villegas-Ugarriza-García de 1881.....	18
8. El Código penal de 1886.....	19
9. Proyecto de 1891.....	19
10. Proyecto de 1895.....	20
11. El Proyecto de 1906.....	21

12. Proyecto de 1917 y Código de 1921.....	21
13. Reformas Posteriores (1922 – 1983).....	22
14. Reforma de la Ley 23.057 de 1984.....	23

### **Capítulo III**

#### **Fundamentos que avalan la constitucionalidad de la reincidencia**

15. Introducción.....	24
16. Mayor grado de injusto por mayor alarma social.....	24
17. Insuficiencia de los fines de la pena ordinaria padecida.....	25
18. Mayor culpabilidad.....	25
19. Aumento de la peligrosidad demostrada por el sujeto.....	26
20. Jurisprudencia.....	26

### **Capítulo IV**

#### **Violación de Principios Constitucionales que tornan inconstitucional a la reincidencia**

21. Introducción.....	29
22. Ne Bis In Idem.....	29
23. Principio de Derecho Penal de Acto.....	30
24. Principio de Culpabilidad.....	32
25. Principio de Igualdad.....	34
26. Prohibición de Imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes.....	35
27. Jurisprudencia.....	36

## **Capítulo V**

### **Ley de Ejecución de las Penas Privativa de la Libertad**

28. Marco Normativo.....	42
29. Ámbito de Aplicación.....	43
30. Principios Generales de la Ley de Ejecución.....	45
a) La resocialización.....	45
b) Vigencia de los derechos en el ámbito carcelario.....	46
c) Principio de Legalidad y Judicialización en la ejecución penal.....	47
31. Imposibilidad de Acceso a la Libertad Condicional del reincidente.....	47

## **Capítulo VI**

### **Reflexiones Finales**

32. Conclusión .....	51
33. Bibliografía.....	53

## INTRODUCCION

La Constitución de 1853 primer norma del ordenamiento positivo que da origen al Estado, puede analizarse como sistema de proposiciones dirigidas a organizar y definir el tipo de Estado que se desea. Desde este enfoque, y clasificando sus artículos en normas de fondo y forma, es fácil advertir que son más las normas de forma que las de fondo las que la componen.

Sin embargo, estas últimas no son menos importantes, en tanto su contenido imprime validez a las normas que luego derivan de ella para formar la totalidad del sistema normativo. Esto es así ya que en el concepto de validez kelseniano, el “como” fue dictada la norma inferior, y abarca tanto la creación como el contenido de la misma.

Ya en esta norma originaria, podemos encontrar consagrados principios que determinan un modelo garantista del Derecho Penal, que parecería repugnar con el artículo 50 de nuestro Código Penal argentino.

Lo referenciado hasta el momento persigue la finalidad de introducción al tema elegido para el presente trabajo, que tratará sobre la “constitucionalidad” de la reincidencia, establecido en el artículo 50<sup>1</sup>, que expresa: *“Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena...”*

Es necesario destacar que en cualquier discusión actual de derecho penal, resulta ineludible su tratamiento, si tenemos en cuenta que se han dictando fallos contradictorios sobre la materia, no sólo entre los distintos tribunales del país, sino contrarios al propio artículo a tratar.

Cabe agregar, que si bien los cuestionamientos sobre la constitucionalidad del instituto que se efectuaron fueron oportunamente desvirtuados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cerrando la discusión, lo cierto es que en la actualidad mediante la incorporación de distintos tratados de derechos humanos

---

<sup>1</sup> Artículo 50 del Código Penal Argentino

a partir de la reforma de 1994, con jerarquía constitucional<sup>2</sup> han llevado a distintos tribunales a pronunciarse invalidando constitucionalmente la reincidencia, abriendo nuevamente el debate.

Asimismo, y mientras se desarrolla este trabajo, la cuestión ha sido puesta en la agenda de todas las universidades académicas y la sociedad en general, toda vez que el anteproyecto del nuevo Código Penal Argentino, que fue presentado por la comisión integrada por Raúl Eugenio Zaffaroni, León Carlos Arslanian, Maria Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y León Pinelo, no incluye al instituto tratado entre sus artículos.

El presente trabajo estará estructurado en capítulos, los cuales siguen una línea que demuestra el avance en el desarrollo del tema y que tienen una vinculación directa con lo que será mi conclusión.

En el primero nos proponemos realizar una introducción al tema, abordando el concepto y características principales del instituto, para establecer su configuración en nuestro ordenamiento jurídico.

En el segundo, haremos un breve y necesario repaso por las distintas modificaciones que tuvo la reincidencia en el código, y en algunos de los proyectos en nuestra legislación, hasta la última reforma en 1984 establecida mediante la ley 23.057.

En el tercero se desarrollaran los fundamentos que avalan la constitucionalidad del instituto, con las distintas doctrinas a favor, incluyendo un análisis jurisprudencial del mismo.

El cuarto y en posición claramente contraria a lo desarrollado en el capítulo anterior, se alegará que el instituto aludido viola distintas garantías constitucionales que aseguran la vigencia de derechos fundamentales del proceso penal, como el principio de derecho penal de acto, culpabilidad, non bis in ídem, igualdad, y la prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, para finalizar con una conclusión parcial del mismo.

---

<sup>2</sup> Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional

El quinto consistirá en explicar los principios generales de la ley de ejecución penal, destacando en este punto, la imposibilidad del declarado reincidente a obtener el beneficio de la libertad condicional.

En el ultimo capitulo se realizaran las conclusiones finales, estableciendo mi posición respecto del tema tratado, intentando aclarar o al menos considerar aquellas inquietudes e interrogantes que el tema genera en la actualidad.

## Capítulo Primero

### **CONSIDERACIONES GENERALES**

#### **1. Introducción**

El objetivo que nos proponemos en este capítulo es introducirnos en el instituto de la reincidencia, detallando cuales son características principales, para así poder establecer, cuando se configura la misma en nuestro ordenamiento jurídico.

#### **2. Definición de reincidencia**

El diccionario de la real academia española la define como “circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo que se le imputa”

Conforme lo afirman los Dres. Raúl E. Zaffaroni y Sal Llargues, estableciendo que esta, “básicamente, se define como reincidencia la recaída en el delito (dentro de un periodo relativo de tiempo) tras una sentencia condenatoria” (2007 t 2 pág. 341)

Como señalan estos autores, también se trata de una consecuencia agravatoria de la situación de una persona sometida a un juicio penal actual, derivado de la circunstancia de que esta persona ya ha sido condenada con anterioridad por otro delito.

Las legislaciones penales comparadas regulan en cuestión en forma muy diversa, diferenciándose tanto en lo relativo a los presupuestos de su imposición, como también en los efectos que le atribuyen. De tal modo no se puede hablar de reincidencia sin hacer referencia al sistema jurídico concreto en el cual su regulación se encuentra inserta. (Alderete Lobo, 2007)

Desde nuestro punto, podríamos decir que la reincidencia es una forma de reiteración de un delito por parte de un sujeto, el que quedaría configurado en nuestro sistema penal cuando el reo vuelve a cometer otro delito, habiendo tenido una sentencia condenatoria con cumplimiento efectivo de prisión

Por su parte, Santiago Mir Puig define a la reincidencia diciendo que constituye la “comisión de una infracción penal por parte de quien, con anterioridad a la misma, ha sido condenado por otra infracción penal” (1974, pág. 7).

Desde el primer punto de vista, la concurrencia de reincidencia en un hecho punible ha determinado desde antiguo, aun con importantes diferencias cuantitativas y cualitativas de regulación, la agravación de la reacción punitiva del estado. También la criminología y la ciencia penitenciaria se ocupan con especial interés del fenómeno de la reincidencia, hasta el punto de que se llega a hablar de una triple dimensión de la reincidencia, ya sea, legal, penitenciaria y criminológica. (Kamada, 2011)

En nuestro código penal, este instituto está establecido en el artículo 50 el cual reza: *“Habrá 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”*

El artículo continúa: *“La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina dar lugar a extradición. No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad”*

Finalmente establece: *“La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años”*

### 3. Caracterización

Cualquiera sea su explicación los requisitos para la declaración de reincidencia son:

a) Condena anterior a pena privativa de libertad: el sujeto tuvo que haber sido condenado anteriormente (no alcanza con que haya delinuido). La pena impuesta debe ser de prisión o reclusión de cumplimiento efectivo: no basta la pena de multa que hubiera sido convertida en prisión.

b) Cumplimiento efectivo de la pena anterior: es menester que el condenado haya cumplido pena al menos parcialmente, en encierro efectivo, como condenado.

c) Nuevo Delito: la ley requiere que el sujeto cometa nuevo delito, punible con pena privativa de libertad y dentro del plazo de prescripción, declarada mediante sentencia que imponga pena de cumplimiento efectivo. El plazo consiste en que haya transcurrido, desde su cumplimiento, un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.

d) Expresa declaración en el fallo: la declaración de reincidencia debe haberse efectuado en forma expresa en la sentencia; no es poca la jurisprudencia que considero innecesaria esa declaración, negándole carácter constitutivo. (Zaffaroni y Sal Llargues, 2007).

Agregan estos autores, la norma vigente ha establecido una serie de excepciones respecto de las cuales no se juzga que media reincidencia, los delitos políticos, los previstos en el Código de Justicia Militar, los delitos amnistiados y los delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad.

De todos los supuestos enunciados interesa destacar, en tanto representan un aspecto complejo, dada que significan un pronunciamiento del Poder Legislativo respecto de decisorios emitidos por el Poder Judicial, los delitos amnistiados.

#### **4. Clasificación de la Reincidencia**

##### a) Genérica y Específica.

Distinguimos la reincidencia genérica o específica según que el delincuente ejecute un nuevo delito, cualquiera sea la naturaleza de este o que recaiga en una acción de la misma especie.

Así decimos, que ley penal consagra la reincidencia genérica cuando basta que se haya cometido un nuevo delito, sin importar que éste sea del mismo tipo que el delito anterior, por el cual el sujeto fue condenado.

En tanto que la reincidencia es específica cuando lo que se requiere es que sea el mismo delito el antecedente, de la misma calidad que el delito por el cual fue condenado anteriormente.<sup>3</sup>

Respecto a este último, la doctrina explica que el requisito que se exige, por un lado, que la conducta llevada a cabo vulnere bienes jurídicos similares y, por el otro, que el autor lo haga con medios que expresan una misma tendencia criminológica.

Así, por ejemplo el hurto y el robo no son de la misma naturaleza, dado que el robo expresa una tendencia criminológica violenta que es ajena al hurto; contrariamente, la estafa y la apropiación indebida resultan ser de la misma naturaleza porque vulneran bienes jurídicos similares (patrimonio y propiedad respectivamente) y revelan una misma tendencia criminológica del autor; su actitud defraudadora. (Bacigalupo, 1999)

Actualmente nuestro Código Penal recepta un sistema de reincidencia genérica o impropia el cual en algunos casos puede generar ciertas injusticias. (Alderete Lobo, 2011).

---

<sup>3</sup> Recuperado de <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/01/ejecucion01.pdf> el 11/04/2014

b) Reincidencia Real y Ficta

Se habla de reincidencia "real" cuando lo que se requiere es el cumplimiento de la pena anterior al delito, sea el cumplimiento total o parcial. Si la condena anterior fue cumplida en forma condicional no hay reincidencia. En tal supuesto se estaría ante la presencia de un sujeto "reiterante" pero no de uno reincidente.

En tanto se dice que la reincidencia es "ficta" cuando basta la condena por el delito anterior, como requisito previo a la comisión del nuevo delito, es decir que no es necesario que la condena anterior haya sido efectivamente cumplida. (Zaffaroni y Sal Llargués 2007).

Respecto al primero se ha entendido que no se adecua a tal exigencia el tiempo de encierro por prisión preventiva, habida cuenta que, en tal supuesto, no concurre el fundamento que motiva el instituto, esto es "la mayor culpabilidad del delincuente, que se manifiesta en el desprecio por la amenaza penal cuya naturaleza conoce, por haberla sufrido anteriormente. La pena se agrava por existir una doble lesión.

Según explica Soler en la reincidencia real su fundamento es de carácter "psicológico" ya que parte de la base de que la acción de la pena sobre el delincuente se ha mostrado inútil. La insuficiencia de la represión primera se acredita solo cuando, después de haberla efectivamente sufrido, el sujeto vuelve a delinquir. (1992)

En cambio el fundamento de la reincidencia "ficta" consiste en juzgar que ese pronunciamiento constituye una advertencia severa para detener al sujeto en la vía de la delincuencia. Como se puede ver, este es un sistema mucho más severo que el anterior. Agregan los Dres. Zafaronni y Sal Llargués:

"el delito cometido provoca un daño inmediato y otro mediato, conformando la reincidencia un injusto por la mayor alarma social que causa el segundo delito, que afecta la imagen del estado como proveedor de la seguridad (daño mediato), y lesiona el interés general en la preservación del orden jurídico." (2005)

Compartiendo la opinión de Zafaronni, es posible sostener fundadamente la inexistencia de agravio constitucional cuando se ubica a la reincidencia en relación con la culpabilidad y no con el ámbito del hecho típico, ya que las circunstancias que fundamenta la agravante es una mayor culpabilidad por el nuevo hecho, mayor culpabilidad traducida por quien, conociendo en qué consiste una pena por haberla sufrido, manifiesta un desprecio por la amenaza penal. (2007)

## 5. Multirreincidencia

El artículo 52 del Código Penal<sup>4</sup> establece: “Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores. 1° Cuatro penas privativas de libertad siendo una de ellas mayor de tres años. 2° Cinco penas privativas de libertad de tres años o menores. Los tribunales podrán por única vez dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.”

En el sistema de la ley 21.338 derogado por la ley 23.057, la mera reincidencia ya agrava la pena (art. 51 primera disposición del primer párrafo)<sup>5</sup>.

El nuevo artículo 52 no agrava la pena por reincidencia sino que, en el caso de reincidencia múltiple, impone la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, siempre que el reo hubiese cumplido antes de la última condena, total o parcialmente, cuatro condenas a penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años o cinco condenas a penas privativas de libertad, de tres años o menos. (Grisetti, 2011)

---

<sup>4</sup> Artículo 52 del Código Penal Argentino

<sup>5</sup> Artículo 51 del Código Penal Argentino

Este artículo del código Penal<sup>6</sup> viola el principio de legalidad en tanto impide conocer de antemano el momento en que habrá de cesar el encarcelamiento. La pena de reclusión indeterminada prevista en el artículo mencionado anteriormente, es una clara manifestación de Derecho penal de autor en tanto no retribuye la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que tiende a encerrar a una persona en prisión por un tiempo mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida. (Zaffaroni y Sal Llargués 2007)

El principio de reserva impide imponer una pena en razón por la cual la pena solo puede aplicarse como consecuencia del hecho que el individuo cometió.

Es necesario agregar que, siendo este artículo un instrumento normativo destinado a asegurar que ciertos sujetos sean definitivamente eliminados de la sociedad, debe concluirse que resulta violatorio de lo establecido en el art 5", inc. 6" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto reclama a los Estados miembros que la pena privativa de la libertad se oriente hacia la reinserción social del condenado.

La imposición de consecuencias penales a partir de la calidad de "multireincidente" o bien, de la peligrosidad revelada en los hechos anteriores, no puede estar comprendida en el principio de culpabilidad por cuanto, nadie puede ser responsabilizado por acciones futuras. (Zaffaroni y Sal Llargués 2007)

A efectos de determinar la procedencia de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado consagrada en el Código Penal<sup>7</sup>, no corresponde incluir la condena que impone la mencionada medida dentro del número de penas requeridas, pues el hecho de que la norma analizada haga referencia a "penas anteriores" pone en evidencia la imposibilidad de contabilizar la condena que impone la reclusión por tiempo indeterminado.

---

<sup>6</sup> Artículo 52 del Código Penal Argentino

<sup>7</sup> Artículo 52 del Código Penal

Es necesario destacar lo manifestado por el Dr. Zaffaroni<sup>8</sup> en un antiguo voto como integrante de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI donde considero que “resulta inconstitucional la agravación por reincidencia y especialmente la pena accesoria del art. 52 del Cód. Penal, ambas abiertamente violatorias del principio de culpabilidad por el acto, único compatible con el concepto de persona humana” (2007)

Para finalizar y en concordancia con lo desarrollado por Grisetti, donde manifiesta que, frente a la protección constitucional tanto nacional como internacional que le asiste al acusado, la pena accesoria del artículo 52<sup>9</sup> resulta violatoria de esa realidad personal y sus derechos, pues en definitiva se lo esta juzgando de nuevo por un hecho del que ya recibió y cumplió sanción, afectándose el principio de ne bis in ídem, siendo entonces carente de sustento la sola justificación de la sanción por la peligrosidad del delincuente. (2011)

En este punto podemos señalar el antecedente “Gramajo”, fallo por el cual la Corte Suprema de la Nación en el año 2006, declaró inconstitucional el artículo 52 del Código Penal, ya que el mismo establecía la reclusión por tiempo indeterminado.

En dicho fallo se expreso entre otras cosas que:” *Que en tales condiciones y de acuerdo con lo hasta aquí expresado, la "reclusión por tiempo indeterminado" prevista en el art. 52 del Código Penal es inconstitucional, en tanto viola los principios de culpabilidad, proporcionalidad, reserva, legalidad, derecho penal de acto y prohibición de persecución penal múltiple ne bis in idem, todos ellos consagrados de manera expresa o por derivación, en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, que desde el año 1994 pasaron a configurar un imperativo constitucional, siempre que precisamente su*

---

<sup>8</sup> CNCrim. Y Correc., sala VI, “Vallejos, José A.” DJ, 1988-2-539

<sup>9</sup> Artículo 52 del Código Penal Argentino

*contenido no resulte violatorio de los principios de derecho público local, tal como lo exige el art. 27 de la Constitución Nacional”<sup>10</sup>*

---

<sup>10</sup> CSJN 05/09/2006 fallo ( 329:3680) voto del Dr. Fayt “Marcelo Gramajo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”

## Capítulo Segundo

### LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REINCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

#### 6. El Código Tejedor de 1964

Al denominarlo Código y no proyecto, se acoge a la predica de Zaffaroni (2007), que así lo sostuvo sobre la base de que el mismo rigió como código en todo el territorio de las Provincias argentinas e incluso en la republica del Paraguay.

En el titulo V de la sección II del libro I" de la agravación legal de la pena", Tejedor señalaba que: "Los motivos generales de aumentar la pena son la reiteración y la reincidencia. Tales motivos permitían a los tribunales aplicar una pena mayor que el máximo previsto para la infracción."

Las características en las que se regulaba la reincidencia en este Código muestra que existía un plazo liberatorio del antecedente, esto es, 10 años desde su cumplimiento. La limitación del régimen exclusivamente para los delitos dolosos y receptaba claramente un sistema de reincidencia específica. (Alderete lobo 2007 pág. 183)

Así, Carlos Tejedor sostenía el concepto de reincidencia específica<sup>11</sup>, al disponer que: "El que después de sufrir una pena cometa nueva y voluntariamente dentro de los diez años siguientes un crimen de la misma especie, será considerado reincidente, y castigado con una pena mayor que la legal de la primera infracción, aumentándola en los términos siguientes". (Zaffaroni y Sal Llargues 2007).

---

<sup>11</sup> Artículo 179 del Código Tejedor

En cuanto a la regulación del instituto, en este Código, no era claro si constituía un sistema de reincidencia real o ficta, aunque la mayoría de la doctrina de la época se inclinó por el segundo.

Finalmente, en su artículo 10, el mismo contenía una norma de carácter preventivo que establecía “Todo condenado por crimen o delito después de sufrir su pena, debe ser instruido de una manera precisa de las consecuencias legales que tendrá que sufrir si incurriese de nuevo en el mismo hecho primitivo”. Para Tejedor esto era claramente una advertencia indispensable y no debía tratarse como una mera formalidad (Alderete Lobo 2007, pág. 184)

#### **7. Proyecto Villegas- Ugarriza- García, de 1881.**

Este proyecto, sostenía igualmente la reincidencia específica al disponer<sup>12</sup>: “A todo el que después de haber sido condenado cometa un delito igual o menor por el cual fue penado, se le impondrá el máximo de pena señalada para ese hecho.”

Asimismo el artículo siguiente<sup>13</sup> establecía que si la aplicación del máximo ya era ordenada por otra circunstancia, la pena pasara al grado inmediato mayor.

Por último, Agregan Zaffaroni y Sal Llargues que si el nuevo delito merecía pena mayor que la del primero, se (...) impondrá la pena de un grado inmediato mayor a que correspondería esa circunstancia.” La agravación, tanto por reiteración por cuanto por reincidencia, no podía llevar a la aplicación de la pena de muerte. (2007)

---

<sup>12</sup> Artículo 100 del Proyecto Villegas-Ugarriza-García de 1881.

<sup>13</sup> Artículo 101 del Proyecto Villegas-Ugarriza-García de 1881.

## **8. El Código Penal de 1886.**

Este Código que comenzó a regir en marzo de 1887, constituía una reforma al código Tejedor.

Establecía como circunstancia agravante<sup>14</sup>, a la reincidencia genérica, con la particularidad de excluirla en los casos de delitos reprimidos con una pena menor a la anteriormente cumplida (haber sido el culpable castigado anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena). Al mismo tiempo, consideraba también como agravante a la reincidencia específica<sup>15</sup> “ser reincidentes de delitos de la misma especie”. (Alderete Lobo, 2007)

En el inciso precedente establecía también, como causa de agravación, "Haber sido el culpable castigado anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena" Esta disposición que entraba en colisión con la referida expresamente a la reincidencia, permitió a los responsables del proyecto de 1891 abandonar el concepto restringido-especifico-de esta. (Zaffaroni y Sal Llargues, 2007)

## **9. Proyecto de 1891**

Este proyecto fue el primero que le asignó un título especial a la reincidencia en el libro VII título primero. En su art. 84 establecía “Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme, aunque haya mediado indulto o conmutación, cometa un nuevo hecho punible de cualquier naturaleza que fuere. No se contarán para los efectos de la reincidencia los delitos amnistiados”. (Alderete Lobo, 2007 pág. 185)

La Comisión integrada por Piñero, Rivarola y Matienzo, establecía que si la reincidencia revelaba la profesión o la tendencia a adquirir la profesión del delito y la mayor perversidad del sujeto, entonces resultaba claro que el criminal acusa y pone de relieve aptitudes más varias para el crimen, una

---

<sup>14</sup> Artículo 84 inciso 19 del Código Penal de 1886

<sup>15</sup> Artículo 84 inciso 20 del Código Penal de 1886

habilidad mas desarrollada, una audacia y una inmoralidad mas considerables, cuando repite sucesivamente, no obstante las condenas de que es objeto, los delitos muy diversos por su índole y clase”. (Zaffaroni y Sal Llargues 2007)

Así esta comisión proponía la pena de muerte al condenado a presidio perpetuo que cometiese un delito amenazado con esa pena<sup>16</sup> y disponían la deportación accesoria a la última condena en casos de multirreincidencia.

Finalmente, es necesario destacar lo expresado por el Dr. Moreno (1923) donde señala que los redactores de este proyecto excluyen expresamente los delitos, porque consideraban que “la amnistía es una medida general que comprende y beneficia a todos lo que han participado en los hechos a los que se aplica y se otorga antes, durante o después del proceso”

## **10. Proyecto de 1895**

En este Proyecto se trataba el instituto en el capítulo V del Título I de la sección I del libro I. Apuntaba este Capítulo que: “...los positivistas insisten sobre la necesidad de defenderse contra los reincidentes, como individuos incorregibles e incapaces de adaptarse a la convivencia social...” (Zaffaroni y Sal Llargues 2007 pág. 333)

Establecía la reincidencia<sup>17</sup> al decir que: “Habrá reincidencia, siempre que el condenado por sentencia firme cometa un nuevo delito dentro de los cinco años siguientes; salvo que el delito anterior haya sido amnistiado. Cuanto menor haya sido el tiempo transcurrido entre la condenación anterior y el nuevo delito, mayor será el aumento de pena que se imponga por la reincidencia”.

Compartiendo la opinión de los Dres. Zaffaroni y Sal Llargues (2007) podemos advertir que, establecía claramente el término de cinco años para que se generara la reincidencia, manteniendo la deportación para la multirreincidencia.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Artículo 85 del Proyecto de 1891

<sup>17</sup> Artículo 25 del Proyecto de 1895

<sup>18</sup> Artículo 26 del Proyecto de 1895

## **11. Proyecto de 1906**

Conforme destaca Alderete Lobo (2007) una de las modificaciones mas relevantes de en este proyecto consiste en el cambio del termino “hecho punible” por el de “delito” implicando la exclusión del régimen de la reincidencia de las condenas por contravenciones.

En este proyecto desaparecía el término de diez años y se establecía, para la segunda reincidencia por delito que provocara una pena privativa v de libertad que excediera de un año, el cumplimiento de la misma en un paraje de los territorios del sud. Mantenía la deportación como accesoria de la multirreincidencia. (Zaffaroni y Sal Llargues, 2007).

## **12. Los Proyectos de 1917 y 1921**

En el proyecto de 1917 se mantiene la reincidencia genérica y ficta al igual que el proyecto de 1906. Se impulso el reconocimiento de la condena extranjera y se establece la prescripción del antecedente pero en los mismos términos de la prescripción de la pena<sup>19</sup>. (Alderete Lobo, 2007)

En los fundamentos del instituto- tal como resulta de la Exposición de Motivos- la Comisión decía de la reincidencia que “es una causa de agravación justa y legitima porque aumenta la temibilidad del autor del delito. (Zaffaroni y Sal Llargues, 2007, pág. 334)

Finalmente en el Código de 1921 se regula definitivamente el instituto de la reincidencia<sup>20</sup> en el art. 50. El mismo establecía que: “Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme, a una pena privativa de la libertad, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito, aunque hubiere mediado indulto o conmutación. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición. A

---

<sup>19</sup> Artículo 53 del Proyecto de 1917.

<sup>20</sup> Artículo 50 del Código de 1921

los efectos de la reincidencia no se tomaran en cuenta los delitos militares ni políticos ni los amnistiados”

### 13. **Reformas posteriores (1922-1983)**

Durante este periodo se realizaron numerosos proyectos. Entre ellos podemos destacar el de 1960, trabajo que presentara Sebastián Soler al Ministerio de Educación y Justicia el 31 de marzo de ese año y que limitaba la reincidencia a los delitos dolosos. En tanto que la escala penal se agravaba de un tercio del mínimo y del máximo respectivamente<sup>21</sup>.

Expresan Saffaroni y Sal Llargues, respecto al titulo V de la parte General de este proyecto (dedicado a las medidas de seguridad) que estaba destinada a los “delincuentes habituales o por tendencias” y establecía:

“al que cometa un nuevo delito doloso punible con pena privativa de libertad, mediando los antecedentes especificados en el articulo siguiente, cuando, además, la apreciación de la personalidad del sujeto y de los hechos cometidos muestre en el tendencia al delito o habitualidad”, se le impondrá reclusión por tiempo indeterminado.<sup>22</sup>” (2007, pág. 339.)

Agregan estos autores que la reincidencia no operaba cuando entre el hecho anterior y el siguiente hubieran transcurrido mas de cinco años, termino que no se computaba el cumplimiento de la pena o del periodo de prueba.

El tratamiento de este proyecto fue suspendido por la disolución de las Cámaras en el año 1962. En el ámbito de la reincidencia este proyecto se reeditó en 1973 sin que el mismo fuera considerado.

En los proyectos de 1974 y 1975 el tratamiento de la reincidencia mediante el probadamente ineficaz sistema de endurecimiento de la pena no resulta satisfactorio. La característica más importante de estos proyectos estima que la reincidencia debe estar atendida mediante la creación de institutos de redución social y seguridad. (Zaffaroni y Sal Llargues, 2007).

---

<sup>21</sup> Artículo 78 del Proyecto de 1960

<sup>22</sup> Artículo 89 del Proyecto de 1960

Finalmente agregan estos autores, que aunque la característica mas sobresaliente de estos proyectos sea la benignidad (eliminaba la pena de reclusión y establecía un máximo de las penas de prisión temporales de veinte años) mantenía la peligrosidad como criterio de estimación de la sanción, generando un difuso limite entre las penas y las medidas que establecía y que de igual manera se fundaban en la peligrosidad.

#### **14. Reforma de la ley 23.057 de 1984**

Introduce el texto de los artículos vigentes. El mensaje que el entonces presidente de la Nación remitiera al Honorable Congreso de la Nación aclara que esa reforma precede a una que seria objeto de estudio mas detenido y mas completo y que ese adelanto se debía a la necesidad de derogar “expresamente las normas cuyo contenido resulta inconciliable de modo manifiesto con los principios básicos del orden constitucional argentino.”

Afirma que “si la reincidencia debe permanecer en el Código Penal, debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial”.

Por ello apela a la reincidencia real (y no a la ficta, que regia para los nacionales) vuelve al sistema de agravante genérica en el contexto de los arts. 40 y 41<sup>23</sup> e instituye la capacidad de los registros de condenas para “evitar uno de los males característicos de nuestra vida jurídica en los últimos años”; el etiquetamiento de las personas, y se morigeran los efectos de la accesoria del art. 52<sup>24</sup> con fines de “evitar que existan personas declaradas en la practica irrecuperables”.

---

<sup>23</sup> Artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino

<sup>24</sup> Artículo 52 del Código Penal Argentino

### Capítulo Tercero

## **FUNDAMENTOS QUE AVALAN LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REINCIDENCIA**

### **15. Introducción**

A lo largo de la historia del instituto de la reincidencia se han expuesto distintos fundamentos para poder sustentarla, con lo cual ha sido dificultoso sistematizar el estudio de estos para una mayor claridad. Sin perjuicio de lo cual a continuación se desarrollará las distintas posturas que han legitimado su existencia a los fines de tomarlas como punto de partida de las críticas que genera el instituto.

### **16. Mayor Grado de injusto por mayor alarma social**

Los autores que fundamentan esta posición destacan el aspecto subjetivo del agente, traducido en la mayor perversidad del agente por su obstinado desprecio a la ley. En definitiva para estos el autor demuestra una homogénea tendencia antijurídica, es decir, se pone a cuenta del sujeto no sólo la lesión al bien jurídico sino también el daño político al fin estabilizador que se atribuye al derecho.

Además, se aumenta el disvalor del acto lo que ha su vez genera una mayor cantidad de la reprochabilidad, pues además del daño por el delito causado el autor también demuestra su contrariedad al derecho, con lo cual lesiona dos normas distintas.

En este sentido, autores como Antón Bauer creador de la llamada “Teoría de la Advertencia” que contemplara el artículo 48 del Código penal Alemán, actualmente derogado, afirmaba que al ser el hombre una criatura racional, una advertencia dirigida a su voluntad, a su inteligencia, es más eficaz y más conforme a su dignidad que simplemente una amenaza que influye a su

conducta externa. Tiene por fin esencial evitar la perpetración de los actos delictuosos mediante una advertencia que importa la enunciación de la pena.

En conclusión, quienes se enrolan en esta fundamentación sostienen que el reincidente comete una doble infracción, por un lado la norma propiamente dicha (el tipo penal concreto) y la norma genérica, según la cual el autor no debe dejar de arraigar en si la tendencia a cometer delitos.

#### **17. Insuficiencia de los fines de la pena ordinaria padecida**

Esta fue la fundamentación adoptada originariamente por Carrara en el conocido Programa de derecho Criminal. Al desarrollar su posición señala que la circunstancia de que quien ya padeció una pena y vuelve a delinquir demuestra que la sanción impuesta fue insuficiente y por tanto debe aplicarse una de mayor intensidad. En definitiva, se concluye que una pena igual sería inútil.

Aquí no es la perversidad del sujeto lo que justifica una mayor castigo, sino la presunción de que se muestra con una alta insensibilidad al castigo, es decir que su justificación se encontraba directamente vinculado al objetivo de cumplir con el fin de prevención especial de las penas. De esta forma, al aplicar una pena más severa al reincidente se pretende evitar que este tenga una recaída en el delito.

#### **18. Mayor culpabilidad**

La fundamentación basada en la mayor culpabilidad demostrada por el reincidente ha encontrado un gran número de adeptos. Se parte de que el condenado ocupa un lugar de privilegio y mayor responsabilidad, por cuanto a tenido oportunidad de conocer el carácter nocivo de su acción. Por tal motivo, se le exige que deba tener un control más atento sobre su vida impulsiva, evitando de esta forma violar por segunda vez la ley pena.

En otras palabras, el sujeto reincidente no se ha dejado impresionar por la condena, dejando de lado la experiencia vivida, dejándose arrastrar por el impulso delictivo, no obstante el conocimiento y responsabilidad que implica el hecho de haber sido sancionado con anterioridad.

Quien sufre en carne propia la pena, debería ajustar sus comportamiento al ordenamiento jurídico, pues ha vivenciado el sufrimiento de la sanción y el conocimiento de la ilicitud.

El efectivo conocimiento sobre la antijuricidad de la conducta demuestra mayor enemistad con el derecho. Hay una rebeldía contra el orden social, que se pone de manifiesto con mayor intensidad en la reincidencia.

#### **19. Aumento de la peligrosidad demostrada por el sujeto**

Claramente quienes fundan el instituto en base a la peligrosidad se encuentran enrolados de alguna manera a la escuela positiva. Sostienen que el sujeto que comete mayor cantidad de infracciones demuestra mayor peligrosidad. Por tal motivo, y partiendo de una perspectiva determinista justifican la necesidad de adoptar medidas especiales contra los sujetos que se muestran como delincuentes habituales.

#### **20. Jurisprudencia**

##### **Fallo de la Cámara Federal de Casación Penal- Sala IV- “SANCHEZ, Juan Oscar s/ recurso de Casación”**

En el fallo en análisis el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 1 de la Capital Federal, en la causa nro. 3588 mediante resolución de fecha 03 de octubre de 2011, resolvió “I. Declarar la inconstitucionalidad de la reincidencia del artículo 50 del Código Penal”

Contra dicha resolución la Sra. Fiscal General n°1 ante los Tribunales Orales en lo Criminal de Capital Federal Dra. Irma Adriana Garcia Netto,

interpuso recurso de Casación, el que fue concedido y mantenido por el Sr. Fiscal General Dr. Raúl Omar Pleé.

La sentencia recurrida había declarado de oficio la inconstitucionalidad de la reincidencia art. 50 del Código Penal de la Nación resultando contrario a las pretensiones del Fiscal quien había celebrado previamente un acuerdo donde solicito se condene a Juan Oscar Sánchez debiéndoselo declarar reincidente.

En primer lugar destaca que la inconstitucionalidad de la reincidencia se debe considerar ***“cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la constitución”***

Además realiza consideraciones haciendo referencia a las supuestas violaciones constitucionales de la reincidencia. Básicamente sostiene que no se ha violado el principio de culpabilidad puesto que no se desprende que se haya mencionado o tenido en cuenta a fin de imputarle la responsabilidad al imputado por los hechos anteriores por el cual se lo había juzgado.

Por otra parte, el fiscal menciona que no se ha violado el non bis in ídem puesto que no media identidad objetiva entre los hechos que fueron juzgados en el proceso que culminaron con la condena anterior y lo tenido en cuenta de nuevo.

Respecto a la afectación al principio de igualdad ante la ley justifica el trato desigualitario a los reincidentes concluyendo que: ***“no hay mayor desigualdad que el trato igualitario a los desiguales”***

En el fallo por mayoría absoluta el tribunal decidió que correspondía declarar el recurso de Casación interpuesto por la Sra. Fiscal formalmente admisible y sus fundamentos se basaron en primer termino haciendo referencia a que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la nación que ***“la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas con acuerdo con los mecanismos previstos en la carta fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con***

*sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la clausula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”<sup>25</sup>*

Cabe agregar que el Dr. Juan Carlos Gemignani al momento de brindar los fundamentos por el que concede dicho recurso, cita al mas alto tribunal donde lleva dicho que: *“el principio non bis in ídem, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena- entendida esta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal”<sup>26</sup>*

Por ello esgrime el magistrado que la incidencia de una condena previa sobre la modalidad de la pena actual no **importa volver a juzgar el hecho anterior, por cuanto el delito precedente en virtud del cual el condenado fue declarado reincidente, ya fue materia de juzgamiento y mereció una pena.**

Finalmente, en voto unánime declaran reincidente a Juan Oscar SANCHEZ, declarando la constitucionalidad del artículo 50 del Código Penal Argentino.

---

<sup>25</sup> CSJN “Entel c/Municipalidad de Córdoba s/sumario”, causa E. 73 XXI del 08/09/1987

<sup>26</sup> CSJN “ L EVEQUE, Ramón Rafael” fallo 311:1452 del 16/08/1988

## Capítulo Cuarto

# VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE TORNAN INCONSTITUCIONAL A LA REINCIDENCIA

### 21. Introducción

En este capítulo desarrollaremos las distintas doctrinas que afirman que este instituto viola diversas garantías constitucionales. Si bien una gran parte de la Doctrina y Jurisprudencia han aportado fundamentos válidos a favor de su constitucionalidad, se han efectuado objeciones que ponen en crisis su correspondencia con el orden constitucional.

Las mismas se sustentan en que se violan básicamente estos cuatro principios: Ne bis in ídem, Derecho Penal de Acto, Culpabilidad, e Igualdad.

### 22. Principio de Ne Bis In Ídem:

Este principio, según el cual nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por el mismo hecho (reconocido como una de las garantías no enumeradas<sup>27</sup> en Constitución Nacional), se encuentra actualmente consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>28</sup> y en la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>29</sup>, ambos con jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994<sup>30</sup>.

Por su parte Maier señala que este principio implica la limitación a una única oportunidad, de la persecución penal de una persona, a raíz de un hecho punible, extiende su eficacia al fallo sobre la culpabilidad y a la misma reacción

---

<sup>27</sup> Artículo 33 de la Constitución Nacional

<sup>28</sup> Artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>29</sup> Artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos

<sup>30</sup> Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional

penal de modo que nadie puede ser penado más de una vez sobre el mismo hecho. (2004)

En posición que compartimos, agrega este autor, la “reincidencia” puede computarse como una agravante, con la consecuencia de quien delinque después de haber sufrido una pena es susceptible de ser sancionado más severamente, respecto de la ordinaria, cuando es condenado por un delito posterior a la pena ya experimentada. (Maier, 2004)

Asimismo es necesario destacar que la declaración de reincidencia acarrea la imposición de una pena mayor a la que correspondería, legalmente para ese delito, la supresión de la posibilidad de acceder a la libertad condicional por la comisión de un delito anterior (respecto del cual ya fue condenado y cumplió pena privativa de libertad) y un impedimento a los fines de la concesión de excarcelaciones o exenciones de prisión. En definitiva, en estos supuestos, se vuelve a ponderar el delito ya juzgado, en clara violación de las garantías constitucionales.<sup>31</sup>

### **23. Principio de Derecho Penal de Acto**

El derecho penal de acto concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar (Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2007 pág. 50).

Agregan estos autores que si bien no puede existir una legitimación de la pena, porque la retribución del reproche se deslegitima éticamente frente a la inevitable “selectividad” del poder punitivo, tiene incuestionables ventajas sobre el derecho penal de autor. Así, y en posición que compartimos podemos decir que:

---

<sup>31</sup> Recuperado de [www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/2657](http://www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/2657) el 12/04/2012

**a)** Requiere que los conflictos se limiten a los provocados por las acciones humanas (*nullum crimen sine conducta*).

**b)** Exige una delimitación de los mismos en la criminalización primaria, por lo que no se reconoce ningún delito “natural”, (*nulle crimen sine lege*).

**c)** La culpabilidad por el acto opera como límite de la pena (*nulle crimen sine culpa*).

**d)** En el ámbito procesal este exige un debate de partes ceñido a lo que sea materia de acusación.

De tal modo, el principio penal de acto o principio de materialidad de la acción consiste, por un lado, en que el juicio de reproche penal será dirigido sólo contra una acción y, por el otro, en la obligación del legislador de seleccionar como punibles acciones que presenten determinadas características.<sup>32</sup>

En este punto es necesario destacar lo expresado por los Dres. Zaffaroni y Sal Llargués donde señalan que la reincidencia:

"...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, 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" (2007, pág. 349).

Finalmente y coincidiendo plenamente con lo manifestado por la Defensora General de la Nación Dra. Martínez, podemos decir que la reincidencia es a todas luces una manifestación de un derecho penal de autor que como ya se desarrollo en este punto, además de constituir una flagrante violación al principio de culpabilidad por el hecho y de las garantías que

---

<sup>32</sup> Recuperado de [www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/2657](http://www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/2657) el 12/04/2012

emanan de los artículos constitucionales<sup>33</sup>, transgrede el principio del derecho penal de acción al sancionar al sujeto no sólo por acciones que son materia de juzgamiento sino por su forma de vida.<sup>34</sup>

#### **24. Principio de Culpabilidad**

La culpabilidad es el tercer carácter específico del delito el que consiste en un juicio que permite vincular en forma “personalizada” el injusto a su autor y así operar como el principal indicador que condiciona el paso y la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre este, es decir se puede reprochar el injusto del autor y por ende, si puede imponerse una pena y hasta que medida según el grado de este reproche (Zaffaroni, Alagia, Slokar 2005 pág. 507)

Por ello, estos autores establecen que de este puente entre injusto y pena, no puede prescindirse debido a que no es admisible el criterio de graduar la pena mecánicamente conforme al mayor o menor contenido del injusto. Acertadamente agregan, que eso solo sería racional si todos los seres humanos fuésemos iguales e inmutables (es decir si no fuésemos humanos).

Asimismo refieren, y entendiendo a este como un juicio personalizado que reprocha al autor su injusto, considerando el ámbito de autodeterminación con el que actuó. De ello se sigue que el principio de que a nadie puede cargársele con un injusto si no ha sido resultado de su libre determinación y que no puede hacérselo en medida que supere su ámbito de autodeterminación, sea un mínimo requisito de racionalidad. (Zaffaroni, Alagia, Slokar 2005)

Cabe destacar que estos autores aclaran que esta cuestión no se vincula al concepto idealista o romántico de libre albedrío, entendido como una ficción según la cual todos los humanos son igualmente libres. Dicen entonces que la

---

<sup>33</sup> Artículo 18 y 19 de la Constitución Nacional

<sup>34</sup> Recuperado de [www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/2657](http://www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/2657) el 12/04/2012

culpabilidad resultaría innecesaria porque para ser todos igualmente libres en cualquier circunstancia, sería necesario que fuésemos iguales e inmutables.

Precisamente agregan los Dres. Zaffaroni, Alagia y Slokar, que por tener diferentes ámbitos de autodeterminación se hace necesario precisar cual fue el que:

“Tuvo la persona en el momento de realizar el acto, teniendo en cuenta sus condiciones personales generales, las modificaciones que sufría en esa coyuntura y las circunstancias que se hallaba en concreto” (2005)

Este principio, agrega Zaffaroni, consagrado en nuestra Constitución Nacional<sup>35</sup> "es el más importante de los que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona" (2002, Pág. 139).

Por otra parte y compartiendo la tesis del Dr. Margariños, donde atribuye que la reincidencia viola abiertamente el principio de culpabilidad por el hecho o acto ilícito partiendo de la limitación del artículo 19 de la Constitución Nacional afirmando que la ley penal solo puede válidamente seleccionar acciones y recuerda que el artículo 18<sup>36</sup> manda a que la pena solo deba fundarse en lo que previamente establece aquella ley. (2005)

De ello este autor extrae que la reprochabilidad y la pena del autor solo adquieren legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla y carecen de aquella si aparece como derivación, aunque sea de manera parcial, de algo distinto, como la personalidad, el carácter o la peligrosidad del sujeto.

Finalmente, señala Margariños que solo teniendo en claro por la supremacía de una garantía constitucional explícita<sup>37</sup> los tipos penales pueden tener únicamente como materia de prohibición o mandato, conductas, adquiriendo a su vez un determinado contenido el principio de culpabilidad,

---

<sup>35</sup> Artículo 19 de la Constitución Nacional

<sup>36</sup> Artículo 18 de la Constitución Nacional

<sup>37</sup> Artículo 19 primera parte de la Constitución Nacional

como garantía constitucional implícita el principio de legalidad<sup>38</sup>. Es decir, como culpabilidad por el hecho o acto ilícito, pues solo en virtud de aquella norma constitucional que el contenido de la reprochabilidad y su alcance máximo se encuentran determinados previamente por la existencia y gravedad del acto ilícito que se trate. (Margariños, 2005)

Por ello, y en posición que compartimos con este autor, donde considera prohibidas las penas inadecuadas a la culpabilidad entendiendo esto como el principio del derecho penal de acto. Así las cosas, si se admitiera la validez de la reincidencia esta importaría la consagración de una norma penal constitutiva que en lugar de actuar “castiga el ser”.

## 25. **Principio de Igualdad**

Este principio, expresamente consagrado por el artículo 16 de la Constitución Nacional, establece que: “... La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento. No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”.

Conforme lo destaca Saba, “el derecho de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley se asocia usualmente con la prohibición de llevar prácticas discriminatorias” (1997 pág. 561).

Ciertamente que, siguiendo el razonamiento expuesto por el autor citado, la no discriminación implica muchos más que no tratar de modo desigual en el caso particular, sino también implementar medidas positivas, comúnmente llamadas “políticas”, enderezadas a evitar la concreción del acto discriminatorio.

Desde la perspectiva penal, el principio de igualdad supone la adopción de un derecho penal de acto, con lo que la vulneración de este último, supone la lesión del primero, ya que la igualdad implica que todos los hombres sean

---

<sup>38</sup> Artículo 18 de la Constitución Nacional.

juzgados por lo que hacen y no por lo que son, en cuantos solo sus acciones y no su personalidad pueden ser incriminadas.

## 26. Prohibición de Imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes

De acuerdo a la legislación nacional este principio se encuentra consagrado en nuestra Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>39</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>40</sup> y la Convención contra la Tortura.<sup>41</sup>

Además se complementa con lo establecido en el artículo 144 del Código Penal<sup>42</sup> que prevé “será reprimido con reclusión o prisión de 8 a 25 años e inhabilitación absoluta y perpetua, el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario bastando que este tenga sobre aquella poder de hecho”.

El artículo 144 bis<sup>43</sup> establece sensiblemente penas menores al que “desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales” o “que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales”.

Asimismo el artículo 18 de la Constitución Nacional<sup>44</sup> establece que: “...las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

---

<sup>39</sup> Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

<sup>40</sup> Artículo 7 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

<sup>41</sup> Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional

<sup>42</sup> Artículo 144 ter inciso 1 del Código Penal Argentino

<sup>43</sup> Artículo 144 bis inciso 2 y 3 del Código Penal Argentino

<sup>44</sup> Artículo 18 de la Constitución Nacional

Compartiendo la opinión del Dr. Morabito, en nuestra Constitución Nacional<sup>45</sup>, lo que se erige, es la obligación para el poder represivo del Estado de brindar a toda persona privada de su libertad un trato humano, vedando, en consecuencia, la crueldad del encierro, siendo que este último en sí mismo provoca indefectiblemente la degradación del ser humano restringido en su libertad ambulatoria, pues el efecto deteriorante de los muros de la prisión afectan irreversiblemente al ser humano.<sup>46</sup>

Acertadamente agrega, lo que debe prevalecer en toda ejecución de condena, es la obligación impuesta al Estado de procurar a través de un tratamiento penitenciario voluntario un postulado de reinserción mínima de la persona privada de libertad, es decir, lograr que el penado adquiriera la necesaria aptitud para comprender y respetar las normas<sup>47</sup> y así retornar al medio libre dejando de ser vulnerable al sistema penal.

## **27. Jurisprudencia**

**FALLO DEL TRIBUNAL EN LO CRIMINAL N°1 DE NECOCHEA- La inconstitucionalidad del artículo 50 del Código penal de la Nación en la causa “GIMENEZ, Miguel Angel s/ TENENCIA DE ARMA DE GUERRA, ROBO CALIFICADO Y DAÑO” (expte nro. 165-989 y 284-1432) del 04/06/2002.**

La sentencia que se comenta en la que el Sr. Giménez tenía una condena anterior, con cumplimiento efectivo de pena privativa de libertad, no habiendo transcurrido los plazos previstos en el art. 50 del Código Penal de la nación, el tribunal integrado por los Dres. Juliano, Noel y Bernard, debían resolver si el imputado debía ser o no declarado reincidente.

---

<sup>45</sup> Artículo 18 de la Constitución Nacional

<sup>46</sup> Recuperado de [http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/ejecucion04\\_1.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/ejecucion04_1.pdf) el 04/05/2014

<sup>47</sup> Artículo 1° de la ley 24.660

En este fallo, en posición acertada a nuestro entender, el Dr. Mario Alberto Juliano declara inconstitucional el instituto de la reincidencia con los siguientes fundamentos:

En primer lugar realiza una introducción sobre una de las batallas mas arduas que a través de los tiempos hayan desarrollado el pensamiento liberal y las tendencias inquisitivas y autoritarias, entre lo que hoy conocemos como el “derecho penal de acto” y el “derecho penal de autor”, en nuestro país, tal garantía conocida como “de reserva” y consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Agrega, que lo único que puede ser objeto o materia de prohibición son las “acciones” de los hombres y cita jurisprudencia de la C.S.J.N donde en innumerables fallos sostiene que: *“no es conciliable con nuestra Constitución establecer un sistema represivo que formule tipos penales que no estén fundados en las descripción de conductas punibles si no en características personales”*

Por otra parte y compartiendo plenamente los fundamentos del magistrado cita doctrina y jurisprudencia alemana en la llamada “formula de la advertencia” por la que 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 cometiendo un nuevo delito, debiendo vencer mayores barreras que el que comete por primera vez, **por lo cual corresponde asignarle una mayor culpabilidad, independientemente del hecho cometido.**

En este punto coincidimos con el magistrado en que debemos colegir que el reincidente demuestra con los hechos que es más “vulnerable” que otras personas y que en función de ello debiera considerarse con mayor benevolencia que la de aquel individuo que delinque por primera vez.

Finalmente agrega, que impedir al reincidente la posibilidad de acceder a la libertad condicional es una contradicción en si misma, ya que importa negar que la pena haya surtido efecto resocializador en la persona del delincuente, y ello claramente impide reintegrarse en la sociedad, quebrando otro de los principios constitucionales establecido en el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional (

principio de igualdad), ya que por un mismo hecho asiste tal posibilidad al delincuente primario.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, RECURSO DE HECHO DEDUCIDO POR LA DEFENSORA OFICIAL, DEL 05/02/13 EN AUTOS “ALVAREZ ORDOÑEZ, RAFAEL LUIS S/ CAUSA N° 10.154”**

El fallo a análisis, la defensora oficial del Sr. Rafael Luis Álvarez Ordoñez, interpuso recurso de queja ante la CSJN en virtud de recurso extraordinario denegado.

Lo que nos interesa destacar en este fallo, es el único voto en disidencia que tuvo dicha resolución, la que fue rechazada, realizada por el Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni, donde en el considerando estableció que: el Sr. Rafael Luis Álvarez Ordoñez fue condenado en fecha 23 de abril de 2008 a la pena única de prisión de treinta y tres años y seis meses, y se lo declaro reincidente.

En septiembre de 2008 la defensa solicitó la libertad condicional basada en el tiempo de detención cumplido, que superaría el plazo previsto por el artículo 13 del Código Penal, para acceder a la libertad condicional.

El juez a cargo del Juzgado de Ejecución n°1, no concedió la libertad asistida al condenado, ni declaro la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P como le fue solicitado.

Contra esa resolución la Defensa Oficial, interpone recurso de Casación, el que fue concedido y luego la CFCP sala III no hace lugar y mantiene la denegatoria de la libertad asistida a Ordoñez. Cabe agregar, que esa decisión se funda en el análisis del artículo 50 del Código Penal, que define la modalidad de reincidencia adoptada por nuestro Código, citando varios fallos de la CSJN que avalan esta decisión.

Contra esa resolución la defensa presenta recurso extraordinario, el que fue denegado y finalmente presenta recuso de queja, la que resuelve el Dr.

Zaffaroni en voto minoritario, hacer lugar a la misma y en consecuencia considerar procedente el recurso extraordinario interpuesto por la defensa oficial.

Entre los fundamentos refirió que la reincidencia es un instituto que se ha mantenido en el tiempo a pesar de que la doctrina desde en la antigüedad le ha negado fundamento, no acertando con argumentos satisfactorios, mucho menos coincidentes, ni siquiera compatible.

Agrega, que “se ha apelado a sostener que el reincidente, lesiona dos bienes jurídicos, uno es la víctima y el otro político, que es la alarma que provoca. Este es claramente el criterio que adoptó Zanardelli y que fue criticado duramente por autores de todos los tiempos”.

Respecto a la peligrosidad sostenida por todos los autores positivistas en sus diversas variantes, “es un supuesto juicio de probabilidad y como tal un juicio fáctico, que debe realizarse en cada caso en concreto, pues el pronóstico de probable conducta futura referido a una persona concreta, de carne y hueso, o sea que cuando se pretende que la reincidencia tenga por fundamento el juicio de peligrosidad queda sin explicación una cláusula, que para todos los delitos, en todos los casos y para todas las personas, imponga una agravación de la pena”.

El Dr. Zaffaroni continúa con su voto diciendo que “tampoco puede sostenerse el argumento basado en cuestiones de prevención general negativa que afirma que el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce”.

Lo que destacamos es que lo manifestado anteriormente por el Dr. Zafaronni alude que ello no solo choca con el principio de non bis in ídem, si no que además se reclama obediencia al estado, ya que este se encuentra ofendido

porque lo ha penado y el sujeto ha incurrido en un nuevo delito. Lo que se reclama es que el sujeto no vuelva a desobedecer al estado, no importando si la reincidencia es más o menos específica y si la primera pena fue por lesiones y la segunda por cheques sin fondo.

Otro punto que queremos resaltar en este fallo es que la mención que hace el Dr. Zaffaroni, respecto al principal efecto que trae aparejada la declaración de la reincidencia, esto es, la prohibición de la libertad condicional del artículo 14 de nuestro Código Penal.

Por ello, agrega el magistrado, el artículo 14 es violatorio de la Constitución<sup>48</sup>, en la medida que se lo interprete como un texto que obliga al cumplimiento de las penas que solo se agotan con la muerte.

Tampoco podemos dejar de referirnos a la mención que hace en el fallo del artículo 52 del código penal donde se establecía que hasta antes de la reforma de la ley 23.057 se consideraba a la multirreincidencia independiente del artículo 50 por la doctrina y la jurisprudencia. Esto impone que el artículo 14 se integre con el artículo 52 y consiguientemente con el 53 del Código Penal.

Por ello, el magistrado expresa que: “si el código penal autoriza la libertad condicional en los casos de multirreincidencia o de reincidencia calificada, a fortiori no puede entenderse que la impida en los casos de reincidencia simple”.

Finalmente, el Dr. Zaffaroni concluye diciendo que “cualquier agravamiento de pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del artículo 50 del Código Penal, como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el artículo 14 del C.P, deben ser consideradas inconstitucionales, pues demuestran un trato diferencial de personas, que no se vincula ni con el injusto que se pena, ni con el grado de culpabilidad por el mismo, y en

---

<sup>48</sup> Artículo 14 del Código Penal Argentino

consecuencia toman en cuenta características propias de la persona que exceden el hecho y se enmarcan dentro del derecho penal de autor”.

## Capítulo quinto

### **LEY DE EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVA DE LA LIBERTAD 24.660**

#### **28. Marco Normativo**

La Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía Constitucional<sup>49</sup> contienen pautas de política penitenciaria y normas sobre la situación jurídica de las personas privadas de la libertad que conforman un programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario que esta en el vértice del sistema normativo al que debe adaptarse la normativa inferior sobre la materia.

Así, el constituyente estableció de manera precisa el principio de humanidad en la ejecución de las medidas privativas de la libertad que debe regir como pauta de orientación de toda la actividad de los órganos del estado que intervienen en la ejecución. La regulación constitucional de la situación jurídica de las personas privadas de la libertad ha sido fortalecida con la incorporación al texto constitucional de los pactos internacionales de derechos humanos a los que el constituyente de 1994 otorgo jerarquía constitucional. (Salt, 2005)

De esta manera el artículo 75 inciso 22 de la constitución nacional ha significado un incremento del ámbito de regulación constitucional sobre las condiciones de ejecución de la privación de la libertad, incorporando nuevas garantías con jerarquía constitucional y desarrollando más profundamente el contenido de la última clausula del artículo 18<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Art. 75inc 22 de la Constitución Nacional

<sup>50</sup> Artículo 18 de la Constitución Nacional

En este sentido cabe destacar que los tratados internacionales de Derechos Humanos contienen cláusulas en relación a los siguientes aspectos:

- a. Determinación del objetivo o finalidad de la ejecución de las penas privativas de libertad.
- b. Derecho a condiciones carcelarias adecuadas y dignas, expresado en las normas referidas al derecho a un trato digno y a la prohibición de pena o tratos inhumanos o degradantes
- c. Obligación de respetar en la ejecución del encierro carcelario la separación entre procesados y condenados.
- d. Vigencia del principio de legalidad y su aplicación en relación al contenido de la pena.
- e. Derecho de acceso a la justicia y vigencia del derecho de defensa durante la ejecución de la pena.

Si bien la gran mayoría de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos sobre esta materia ya estaban previstas en nuestro ordenamiento jurídico, han adquirido jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

## **29.     Ámbito de Aplicación**

En el plano legislativo, el texto normativo que regula la situación jurídica de las personas privadas de la libertad es la ley 24.660, sancionada en 1996 bajo la denominación de Ley de Ejecución de la Pena Privativa de libertad<sup>51</sup>. Esta ley, complementaria del código penal de acuerdo a la previsión expresa de su artículo 229 pretende definir las características cualitativas que tendrán las penas privativas de la libertad en todo el país dando contenido a la

---

<sup>51</sup> La nueva ley, que deroga expresamente a la Ley Penitenciaria Nacional (decreto-ley 412/58, ratificado por la ley 14.467), fue sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada el 8 de julio del mismo año.

exigencia constitucional de legalidad ejecutiva (*nulla poena sine lege*- CN, art. 18- ).

Sin embargo su vigencia y aplicación en las distintas provincias no ha sido una cuestión pacífica. Antes bien, con la sanción de la ley 24.660 ha renacido la vieja disputa sobre las facultades constitucionales del congreso de la Nación para legislar en materia de ejecución de las penas privativas de la libertad y se han renovado los inconvenientes ya existentes con la vieja Ley Penitenciaria Nacional, para determinar si la situación jurídica de las personas privadas de libertad (derechos, régimen progresivo, sistema disciplinario, visitas, etc.) se rige por las normas emanadas del congreso de la Nación o si, por lo contrario su regulación normativa constituye una materia reservada a los poderes provinciales.

La solución a la disputa sobre las competencias legislativas del Estado Federal y las provincias en materia de ejecución penal requiere, por lo tanto, discriminar en el texto de la ley de ejecución, cuales son las normas de derecho penal material (definición legal del contenido de la pena), las procesales y las de derecho administrativo. En lo que respecta a las normas materiales, afirma el Dr. Salt "... resulta claro que integran el derecho común que, por mandato constitucional, corresponde al Congreso de la Nación..." (2005 pág. 166).

En estos aspectos la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad tiene plena vigencia en todo el territorio del país sin que ni siquiera sea necesario que las provincias dicten leyes de adhesión o modifiquen sus normas tal como pretende el artículo 228 de la ley 24.660. En el caso de las normas procesales o administrativas, al estar comprendidas en las facultades legislativas reservadas por las provincias, deben ser dictadas por las autoridades legislativas provinciales.

### 30. Principios Generales de la Ley de Ejecución Penal

a) Principio de resocialización que debe seguir toda pena privativa de libertad:

El artículo 1 de la ley 24.660 establece que la finalidad de la ejecución de la pena es “lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social”

Es necesario señalar que a partir de la reforma constitucional de 1994 adquieren jerarquía constitucional el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece a la resocialización como el fin de la ejecución de las penas.

Asimismo cabe agregar que el artículo 5.6 de la convención Americana sobre los derechos Humanos establece que:” las pena privativas de la libertad tendrán como finalidad la reforma y readaptación social de los condenados”

Respecto a este principio y compartiendo la opinión del Dr. Salt, no existe una definición normativa clara del significado de “principio de resocialización”, lo que derivó en el aumento de la inseguridad jurídica en la etapa de ejecución de la pena, otorgando a la administración penitenciaria un ámbito de arbitrariedad y como consecuencia se limitó el ejercicio de ciertos derechos de los reclusos. (2005, pág. 170)

Por otra parte la ley 24.660 de ejecución de las penas no precisa con claridad el significado y las consecuencias de la ejecución para que esta se dirija hacia la reinserción social.

En el artículo 104 de esta ley determina que la calificación del concepto de la persona privada de su libertad le servirá para la aplicación de la progresividad del régimen, salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, etc. (Salt 2005)

Actualmente la ley de ejecución de la pena opta por un sistema más indeterminado y flexible en relación al contenido de la pena durante su ejecución que favorece la individualización del régimen conforme a las necesidades o características del condenado.

Así, conforme señala el Dr. Salt el ideal resocializador como fin de la ejecución solo puede significar una obligación impuesta por el Estado de “proporcionar al condenado, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad”

b) Vigencia de los derechos en el ámbito carcelario:

El artículo 2° de la Ley de Ejecución establece como principio general la aplicación en el ámbito de la ejecución de las medidas de encierro del principio constitucional de reserva (C.N art. 19): “las personas privadas de la libertad conservan todos los derechos no afectados por la sentencia de condena o por la ley o las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten”.

Esta norma es en realidad una derivación del principio constitucional de legalidad que determina que el contenido de las penas debe estar previsto legalmente y que no se puede privar o restringir los derechos subjetivos de las personas privadas de la libertad mas alla de los previsto en la amenaza penal con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. (Salt 2005)

De esta manera, el interno en un centro carcelario es un sujeto de derechos que, como regla general será titular de los mismos que las personas libres (Principio de reserva) y, como excepción, sufrirá las limitaciones especialmente previstas en el ordenamiento jurídico como inherentes a la resolución judicial que dispuso la medida de encierro carcelario.

c) Principio de Legalidad y Judicialización en la ejecución penal

El principio de judicialización se encuentra consagrado en el art. 3° de la Ley 24.660 y establece “*La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley.*”

Este principio consiste en asegurar que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de las penas conforme a las regulaciones de la ley penal deben ser tomadas por un juez independiente de la administración, en un proceso en el que se respeten las garantías del procedimiento penal. Esto significa que las garantías del derecho procesal penal deben extender su vigencia a la etapa de ejecución de la pena y, en consecuencia, es necesario garantizar un control judicial amplio durante la misma.<sup>52</sup>

### **31. Imposibilidad de Acceso a la Libertad Condicional del reincidente**

El instituto de la libertad condicional está legislado, en nuestro país, en la siguiente normativa; Código Penal (arts. 13 a 17), Ley 24.660 (arts. 1, 28, 29 101 y 104; establece que la calificación de concepto servirá de base para la aplicación del mismo), Código Procesal Penal de la Nación (arts. 491, 493 y 505/510).

---

<sup>52</sup> recuperado el 07/04/2014 de [http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/02/guillamondegui.\\_zacarias\\_de\\_gonzalez.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/02/guillamondegui._zacarias_de_gonzalez.pdf)

La libertad condicional es un derecho de los condenados que pueden gozar cuando cumplen un determinado tiempo en prisión y, demuestren el regular comportamiento carcelario, más informes favorables de los organismos competentes.

Los autores Zaffaroni, Alagia y Slokar, la definen como “una suspensión parcial de la privación de la libertad –es decir, del encierro- que tiene lugar durante un período de prueba que, resultando favorable, determina la extinción definitiva del resto de la pena privativa de libertad que le quedaba por cumplir al condenado” (2005, pág. 715.).

El artículo 14 del Código Penal dice: “La libertad condicional no se concederá a los reincidentes”, de esta forma se establece la prohibición legal de los reincidentes en acceder al régimen de libertad condicional.

Este instituto parecería que esta dirigido a los condenados primarios, y no a los reincidentes.

Con la incorporación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional se ha producido una ampliación del principio de humanización de las penas privativas de la libertad que ya se encontraba consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional de 1853, de esta manera se ha fortalecido el ámbito de regulación sobre las condiciones de ejecución de dichas penas y la situación jurídica de los ciudadanos sometidos a ella.

En este sentido cabe agregar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en el art. 10.3: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” y la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 5.6 establece: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”.

A partir de la determinación de la finalidad de la ejecución de las penas de prisión en los instrumentos internacionales, surge el principio de la resocialización como imperativo constitucional, derecho del condenado y limitador del Estado en su respuesta punitiva.

Comparto la opinión del doctor Marcos Salt (2005) que señala: “Para garantizar la seguridad jurídica de las personas privadas de libertad es imprescindible, también, interpretar el sentido de las normas que, tanto en Pactos Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional como en la Ley de Ejecución, han consagrado al principio de resocialización como fin de la ejecución penal. Asignar a estas cláusulas un contenido concreto que actúe, dogmáticamente, como criterio orientador de las instituciones penitenciarias y como elemento de interpretación de todas las normas que regulan la ejecución penal es un paso fundamental en el proceso por llevar seguridad jurídica al ámbito de la ejecución penal.”

Cabe agregar que el Estado, para cumplir sus obligaciones constitucionales y hacer eficaz la finalidad de la pena privativa de la libertad, adopta como sistema para la ejecución el “régimen progresivo”, que permite la modificación material de la pena a medida que transcurre, posibilitando al condenado acortar la duración del encierro efectivo mediante alguna de las formas de cumplimiento en libertad (libertad condicional entre otras).

En este sentido debemos mencionar que el art. 12 de la ley 24.660 establece: “El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuera la pena impuesta, se caracteriza por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de prueba; d) Período de libertad condicional”

Como puede advertirse, la norma instaura este régimen (que consta de los cuatro períodos indicados) para todos los condenados y expresamente señala que se aplicara independientemente de la pena impuesta, por lo que, cumplidos los requisitos previstos en el Art. 13 del CP, es un derecho del interno acceder al Período de Libertad Condicional.

Así, no cabe duda que la ley 24.660 –complementaria del Código Penal, con la implementación del régimen progresivo para todos los condenados, ha introducido importantísimas modificaciones en el contenido cualitativo de la pena, por lo que, a la luz del principio constitucional recién explicado, no es

concebible la aplicación de una pena más gravosa que la actualmente aceptada sin violentar la garantía descripta.

Finalmente, de lo dicho hasta acá se desprende que no hay manera válida de sostener que resulta legítima una pena materialmente perpetua o lo que es lo mismo, una condena efectiva a morir en prisión.

## Capítulo sexto

### 32. CONCLUSIÓN:

En la concepción moderna de las políticas criminales de los Estados tendientes a la prevención de riesgos y los discursos políticos, se ha echado mano a esta institución pretendiendo llevar tranquilidad a la población en general, postulando que quienes vuelvan a incurrir en delito recibirán un plus de penalidad por tal motivo.

El posicionamiento adoptado por la sociedad en general incluso ha encontrado su fundamentación jurídica en distintas teorías, que justifican la legitimidad del instituto de la reincidencia considerando que la conducta del autor tiene un mayor contenido de injusto por la mayor alarma social que genera, por la insuficiencia de la pena ordinaria impuesta a raíz del delito precedente, por la mayor peligrosidad evidenciada y por el mayor grado de culpabilidad demostrado.

El instituto de la reincidencia a nuestro entender, viola distintas garantías constitucionales que aseguran la vigencia de derechos fundamentales del proceso penal, como el principio de derecho penal de acto, principio de culpabilidad, el ne bis in ídem, principio de igualdad, por todo lo expuesto anteriormente. Además, el propósito de resocialización que deben seguir la ejecución de toda pena privativa de libertad, ya que si le denegáramos la libertad condicional al condenado habiéndolo declarado reincidente, entraríamos en una contradicción con el fin debe seguir la ejecución de la pena.

Por lo tanto, sea que la pena se justifique en el poder disuasorio que genera en la población, en la reafirmación del ordenamiento jurídico vigente o en la necesidad de un tratamiento penitenciario más eficaz; lo cierto es que los

individuos declarados reincidentes muestran mayor vulnerabilidad al poder punitivo del Estado frente a quienes no han padecido encerramiento carcelario.

Conforme a lo desarrollado a lo largo de este trabajo de investigación para poder fundamentar la mayor intensidad del castigo propiciado al reincidente debe renunciarse a la culpabilidad por el acto sobre el cual se asienta el derecho penal y que redundaría en la vinculación subjetiva entre el autor y el hecho reprochado.

Por el contrario, para aceptar su vigencia en un ordenamiento jurídico debe aceptarse de alguna forma la construcción de culpabilidad del autor, entendida como reproche por su existencia.

En definitiva, la cantidad e intensidad de la pena se establece en razón a la "conducción de la vida", comportándose las distintas agencias del Estado de modo tal que sacrifican a la población vulnerable con el objeto de llevar mayor tranquilidad a un sector social que ve en la intensidad del dolor aplicado al reincidente la solución al problema de seguridad que se viven actualmente en las sociedades modernas.

Finalmente queremos destacar, que si bien a la fecha de la realización de este trabajo aun no ha sido aprobado, el proyecto del nuevo Código Penal Argentino no prevé entre sus artículos el instituto de la reincidencia.

### 33. **BIBLIOGRAFIA:**

#### **DOCTRINA**

- Raúl Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar: “Manual de Derecho Penal” Parte General, Ed. Ediar. Bs.As. 2006.
- Iñaki Rivera Beiras, Marcos Gabriel Salt: “Los Derechos Fundamentales de los Reclusos” España y Argentina, Ed. Editores del Puerto, Bs. As. 2005.
- Rubén A. Alderete Lobo: “La Libertad Condicional en el Código Penal Argentino” Ed. Lexis Nexis, Bs. As. 2007.
- Raúl Eugenio Zaffaroni, Benjamin Sal Llargués: “Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Ed. Hammurabi, Bs. As. 2007 Segundo Tomo. “A”
- Santiago Mir Puig: “La Reincidencia en el Código Penal” Ed. Bosch, Barcelona, 1974.
- Bacigalupo Enrique: “Derecho penal Parte General” Hammurabi Bs. As. 1989 pág. 625.
- Magariños, Mario, “Cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal: Reincidencia y Constitución Nacional (El resabio de un “modelo peligroso” de Derecho Penal)” Tomo III (7), Ed Ad hoc, Diciembre 1997, pág. 94
- Roberto Pablo Saba: “Discriminación, trato igual e inclusión” La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ed. Del Puerto, Bs. As. Pág. 561 1997
- Sebastian Soler: “DERECHO PENAL ARGENTINO” tomo II Ed. T.E.A Bs. As. 1992.

#### **PAGINAS WEB**

- <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/01/ejecucion01.pdf>
- [www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/2657](http://www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/2657)
- [http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/ejecucion04\\_1.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/ejecucion04_1.pdf)
- [http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/02/guillamondegui.\\_zacarias\\_de\\_gonzalez.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/02/guillamondegui._zacarias_de_gonzalez.pdf)

## **LEGISLACION**

- Artículos 14, 50, 51 y 52 del Código Penal Argentino
- Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional
- Artículo 84 inciso 19 y 20 del Código Penal de 1886
- Ley de Ejecución Penal 24.660
- Constitución Nacional
- Ley Penitenciaria Nacional (decreto-ley 412/58, ratificado por la ley 14.467)
- Artículo 144 bis incisos 1, 2 y 3 del Código Penal Argentino
- Artículo 50 del Código de 1921
- Artículo 78 y 89 del Proyecto de 1960
- Artículo 29 sobre la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados
- Artículo 5.6 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos

## **FALLOS**

- CSJN Recurso Extraordinario “L’EVEQUE, RAMÓN RAFAEL p/robo” Fallos 311:1451 del 16 de agosto de 1988.
- CFCP “SANCHEZ, JUAN OSCAR s/ recurso de casación” causa nro. 3588 DEL 03/10/2011
- TOFC N°1 “GIMÉNEZ, MIGUEL ANGEL s/ tenencia de arma de guerra, robo calificado y daño” (expte nro. 165-989 y 284-1432) del 04/06/2002.
- CÁMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA VI, “VALLEJOS, José a.” DJ, 1988-2-539

- CSJN Recurso de Queja “ALVAREZ ORDOÑEZ, Rafael Luis s/ causa n° 10.154” del 05/02/2013