

Resumen

El presente trabajo aborda el análisis de la reincidencia, especialmente respecto a la constitucionalidad del instituto en general y particularmente su aplicación como fundamento para la denegación de la libertad condicional. El trabajo parte de la siguiente hipótesis: el instituto de la reincidencia en Argentina debe ser mantenido en el Código Penal o posteriores reformas ya que el mismo es constitucional, en tanto no viola ninguna garantía constitucional y además es un estándar válido para ser tenido en cuenta tanto como criterio para la individualización de la pena (artículo 41 del Código Penal) como para la denegatoria de la libertad condicional (artículo 14 del Código Penal). Dicha hipótesis queda comprobada después de desarrollar la temática a través de cuatro capítulos (reseña histórica y conceptos generales, análisis crítico de la regulación normativa y aportes de la doctrina, análisis crítico de la relación entre reincidencia y libertad condicional, análisis crítico de la jurisprudencia relacionada). El objetivo del trabajo es analizar, comparar y sistematizar los aportes doctrinarios y jurisprudenciales en torno a la constitucionalidad, o no, del instituto de la reincidencia en el Código Penal argentino a fin de demostrar su legalidad y la posibilidad de aplicación como criterio individualizador de la pena y a los fines de la denegación de la libertad condicional. El trabajo presenta conclusiones parciales en tres capítulos y un apartado especial de conclusiones finales.

Palabras claves: reincidencia – libertad condicional – L’Eveque - Gramajo – Actis

Abstract:

The present research work addresses the analysis of recidivism, especially regarding the constitutionality of the institute in general and particularly its application as a basis for the denial of parole. The work is based on the following hypothesis: the institute of recidivism in Argentina must be maintained in the Penal Code or subsequent reforms since it is constitutional, in that it does not violate any constitutional guarantee and is also a valid standard to be taken into account. both as a criterion for the individualization of punishment (article 41 of the Criminal Code) and for the denial of parole (article 14 of the Criminal Code). This hypothesis is proven after developing the theme through four chapters (historical review and general concepts, critical analysis of

normative regulation and contributions of the doctrine, critical analysis of the relationship between recidivism and conditional freedom, critical analysis of related jurisprudence). The objective of the work is to analyze, compare and systematize the doctrinal and jurisprudential contributions regarding the constitutionality, or not, of the recidivism institute in the Argentine Penal Code in order to demonstrate its legality and the possibility of application as an individualizing criterion of the and for the purpose of the denial of parole. The work presents partial conclusions in three chapters and a special section of final conclusions.

Keywords: recidivism - probation - L'Eveque - Gramajo - Actis

	Introducción	4
	Capítulo 1: Reseña histórica y conceptos generales	7
	Introducción	8
1.1.	Reseña histórica	8
1.2.	Conceptualizaciones generales respecto a la reincidencia	10
1.2.1.	Legislación extranjera	10
1.2.2.	Concepto según la doctrina	12
1.3.	Relación con otros términos	13
1.4.	Libertad condicional	15
	Capítulo 2: Regulación legislativa del instituto. Análisis legal	17
	Introducción	18
2.1.	Regulación en el Código Penal Argentino	18
2.1.1.	Análisis de los artículos 14, 26 y 27.	19
2.1.2.	Análisis del artículo 50: régimen de la reincidencia	22
2.2.	Análisis crítico de la normativa	27
2.2.1.	Teorías a favor del instituto de la reincidencia	28
2.2.2.	Teorías críticas respecto al instituto de la reincidencia	32
	Conclusiones parciales	35
	Capítulo 3: Reincidencia y libertad condicional	37
	Introducción	38
3.1.	Reglas de aplicación	38
3.2.	Análisis crítico de la normativa	44
3.2.1.	Teorías a favor	44
3.2.2.	Teorías críticas	46
	Conclusiones parciales	51
	Capítulo 4: Recepción jurisprudencial de la reincidencia y su relación con otros institutos	53
	Introducción	54
4.1.	El valioso antecedente “L’Eveque” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1988)	54
4.2.	Un cambio de paradigma en materia de reincidencia: caso “Gramajo” (CSJN, 2006)	58
4.3.	La doctrina del caso “Actis” (Cámara Nacional de Casación Penal, 2011)	63
	Conclusiones parciales	69
	Conclusiones generales	71
	Bibliografía general	73

Introducción

En el régimen penal argentino se encuentra legislado el instituto de la reincidencia. El mismo se conceptualiza y caracteriza en el artículo 50 del Código Penal argentino: “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”. Luego el artículo se pronuncia sobre el régimen aplicable a las condenas sufridas en el exterior y exceptúa algunas clases de delitos, por ejemplo los políticos, que no darán lugar a reincidencia. Este instituto tiene algunas aplicaciones directas, como las contenidas en los artículos 14, 41 y 52. Este último artículo se refiere a la multirreincidencia y a la posibilidad de que la misma genere reclusión por tiempo indeterminado. No es objeto de este trabajo el tratamiento de esta particular consecuencia. Pero sí lo es el análisis de la reincidencia simple y de su interacción con el otorgamiento de libertad condicional.

Tanto el instituto de la reincidencia como su efecto sobre el otorgamiento de la libertad condicional, han sido tratados por la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras. Es importante destacar que se han vertido opiniones muy proclives al mantenimiento del instituto y otras que argumentan a favor de su derogación. El presente trabajo ha procurado analizar tanto a unas como otras, a la vez que se las ha sistematizado y comparado. Además se incluye un capítulo específico sobre jurisprudencia, para ahondar en la aplicación práctica del instituto y, muy especialmente, en la justificación que han hecho los diferentes magistrados sobre la reincidencia y su constitucionalidad.

El presente trabajo cuenta con relevancia, y por tanto justificación, social y jurídica. Respecto a la primera, Argentina está atravesando una época de reformas normativas (por ejemplo, la sanción del Código Civil y Comercial en 2015 o el Proyecto de Código Penal elaborado por la comisión presidida por Eugenio Zaffaroni y coordinada por Roberto Carlés en 2014). Estas reformas son tratadas por los medios de comunicación y se generan debates que no siempre cuentan con el marco conceptual y teórico necesario para asegurar conclusiones posibles desde lo jurídico. En cuanto a la relevancia jurídica, la misma se evidencia ante la necesidad de contar con una sistematización de los aportes de la doctrina tanto en lo que respecta a la reincidencia en general como a la relación entre reincidencia y libertad condicional. Dicha

sistematización, además, precisa ser acompañada de un análisis crítico que permita a los operadores jurídicos encontrar argumentos que sostengan la legalidad y constitucionalidad del instituto de la reincidencia y de su aplicación en casos de denegatoria de la libertad condicional.

Después de la exposición anterior es necesario hacer explícita la hipótesis de trabajo del presente Trabajo Final de Grado. La misma es “el instituto de la reincidencia en Argentina debe ser mantenido en el Código Penal o posteriores reformas ya que el mismo es constitucional, en tanto no viola ninguna garantía constitucional y además es un estándar válido para ser tenido en cuenta tanto como criterio para la individualización de la pena (artículo 41 del Código Penal) como para la denegatoria de la libertad condicional (artículo 14 del Código Penal)”. El trabajo además se ha organizado en torno a un objetivo principal: analizar, comparar y sistematizar los aportes doctrinarios y jurisprudenciales en torno a la constitucionalidad, o no, del instituto de la reincidencia en el Código Penal argentino a fin de demostrar su legalidad y la posibilidad de aplicación como criterio individualizador de la pena y a los fines de la denegación de la libertad condicional. El expuesto objetivo general requiere a su vez del logro de objetivos específicos que en el caso del presente trabajo son 4: a) definir los principales conceptos que se utilizarán a lo largo del trabajo a fin de crear un lenguaje en común con el lector y de definir el alcance de cada uno de los términos claves; b) analizar en forma crítica la normativa sobre reincidencia en el Código Penal argentino interrelacionando la misma con los aportes de la doctrina; c) relacionar y analizar críticamente el instituto de la reincidencia con el de la libertad condicional; d) sistematizar y analizar críticamente los aportes de la jurisprudencia nacional sobre reincidencia en general y sobre la relación entre reincidencia y libertad condicional en particular.

El presente trabajo cuenta con un marco metodológico constituido, en primer lugar, por el tipo de trabajo. El mismo es de tipo descriptivo y la estrategia metodológica utilizada ha sido la cualitativa. La razón que justifica esta elección es que en el presente trabajo no se han analizado cifras ni datos cuantificables lo que elimina la posibilidad de aplicar una estrategia cuantitativa o cualicuantitativa. Respecto a las técnicas de análisis, las mismas son el análisis documental (de las fuentes que se enumeran más adelante) y el análisis de contenido. Ambas técnicas son de uso común en trabajos de tipo jurídico. Respecto a la delimitación temporal y espacial del trabajo

podemos afirmar que la primera de ellas es el territorio argentino (por lo tanto, la legislación federal del mismo ya que la reincidencia es un instituto del derecho de fondo cuya potestad legislativa corresponde al Congreso Nacional a tenor de lo normado en el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional). En cuanto a la delimitación temporal, la reincidencia está vigente desde la sanción del actual Código Penal, en 1921, sin embargo se ha enfatizado en los últimos treinta años en cuanto a los aportes jurisprudenciales del máximo tribunal argentino y a los últimos veinte años especialmente en cuanto a los aportes doctrinarios a fin de garantizar la mayor actualidad posible en los debates y argumentaciones.

Finalmente, resta presentar este Trabajo Final de Grado: en el capítulo 1 se han reseñado los antecedentes históricos del instituto de la reincidencia y los conceptos generales cuyo sentido y alcance es necesario determinar para abordar exitosamente el resto del contenido del trabajo; en el segundo capítulo se ha analizado críticamente la legislación en materia de reincidencia contenida en el Código Penal argentino, a la vez que se la ha interrelacionado con la doctrina y sus opiniones favorables o negativas respecto a la constitucionalidad de la reincidencia; el capítulo 3 se ocupa de la relación entre reincidencia y libertad condicional, desde el análisis de las normas, de los aportes doctrinarios y algunas referencias a la jurisprudencia más señera; en el cuarto y último capítulo se ha abordado la jurisprudencia, con especial énfasis en aquella emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la que se la ha analizado a la luz del contenido previamente desarrollado en el trabajo. Al final del documento se encuentran las conclusiones generales y el listado de referencias bibliográficas.



Capítulo 1

Reseña histórica y conceptos generales

Introducción

En el presente capítulo se abordan los antecedentes históricos del instituto de la reincidencia y un análisis de tipo teórico (marco teórico) en el que se incluye conceptualizaciones (en legislación extranjera y según los aportes de la doctrina) y diferenciación entre reincidencia y otros términos. También se define a la libertad condicional. El objetivo del capítulo es exponer el sentido y alcance que debe dársele a los principales términos utilizados en el resto del trabajo.

1.1. Reseña histórica

La reincidencia es, en términos generales, una institución moderna. Esto así ya que en la antigüedad existía un número mucho mayor de delitos penados con la muerte, razón por la cual el número de reincidentes era menor (especialmente en delitos graves). A esto se le deben sumar las dificultades técnicas para poder registrar e identificar a quienes ya habían recibido una condena. Finalmente, no es menor el dato sobre la expectativa de vida de las personas: en la Europa Occidental la media de vida era de 38 a 42 años antes de la Revolución Industrial, de 47 a 50 años después de la referida revolución y de 60 años a partir de la Segunda Guerra Mundial. Estos números indican que una vida más corta o un envejecimiento temprano reducían la posibilidad de delinquir, ser condenado, cumplir la pena y volver a delinquir (Asúa, 1982; Zaffaroni, 2002). Por su parte, Agudo Fernández (2005) indica que la dificultad de reconocimiento o registro de condenados se superó con la inhumana práctica del marcado corporal (por ejemplo, con hierro candente).

Si nos remontamos a la historia más antigua, ya se encuentran registros en el Manava Dharma Sastra, un texto de origen brahmánico del siglo VI a.C. que indicaba el orden de los castigos impuestos por el rey: primero la amonestación verbal, luego los severos reproches, en tercer lugar la multa (pena pecuniaria), y finalmente algún tipo de pena corporal (incluyendo el marcado). China, por otra parte, en el siglo XXII a.C. tenía definida la pena de muerte para ciertos delitos graves y para los reincidentes. Una situación similar se producía entre los hebreos, en el siglo XIII a.C. (Armengol, 2002). Espitia Garzón (2016) se refiere al régimen de la reincidencia en el Derecho Romano.

El autor explica la evolución del mismo, a pesar de que en todas las épocas se diferenció entre delincuentes ciudadanos y esclavos. A los segundos se les aplicó marcado corporal, penas de azotes o hasta amputación de miembros desde el principio de Roma, y su situación solo se atemperó a partir de la vigencia de una ordenanza de Teodosio II que prohibió los tratos crueles con esclavos. A los ciudadanos, en cambio, se les aplicaban penas menores: de restricción de la libertad, pecuniarias, de prohibición de acceso a cargos o espectáculos públicos. El reincidente en causas graves era reducido a la esclavitud, por lo que se le aplicaba el régimen antes descrito. La pérdida de su *status civitatis* se traducía en la pérdida de su protección ante penas crueles.

La Edad Media registra antecedentes de legislación sobre reincidencia en España, Francia, Italia y Portugal. En general se limitaban al agravamiento de penas por razón de la reincidencia (Zaffaroni, 2002). El movimiento codificador de finales del siglo XVIII y especialmente del siglo XIX dotó al viejo continente de una institución jurídica más definida, con un procedimiento propio y garantías liberales de juicio y aplicación (Armengol, 2002; Agudo, 2005). Puede, entonces, afirmarse que la institución de la reincidencia, su conceptualización y características generales son las que nacieron a la luz de los códigos de la Europa continental de la última década de 1700 y primera mitad de 1800, razón que justifica la comparación con los regímenes europeos actuales.

Un tratamiento especial merece la evolución de la reincidencia en España, ya que en épocas coloniales e incluso durante el período patrio previo a la sanción del primer código penal nacional (1886) se aplicaron las recopilaciones de leyes españolas. Pero además tanto el código de 1886 como el de 1921, vigente con sus múltiples reformas hasta el presente, reconocen la influencia del derecho español en la configuración del instituto en análisis. El Fuero Juzgo preveía la reducción a servidumbre para la prostituta reincidente (el primer castigo eran trescientos azotes, al reincidir trescientos más y reducción a servidumbre). Para quien ejerciera la adivinación o actos contrarios a la fe cristiana, primero se le daban cien azotes, y si reincidía le tocaba como pena otros cien azotes y la pérdida de su buen nombre y honor. Por su parte, el Fuero Real preveía la pena de marcado corporal (corte de orejas) para quien robara por primera vez y la pena de muerte para quien robara por segunda vez. La más moderna de las legislaciones que la corona española mandó a aplicar en territorio americano, la Novísima Recopilación, contiene numerosas cláusulas sobre reincidencia:

1) blasfemias: como primera pena prevé la prisión, y para el reincidente primario prevé destierro por seis meses y pena pecuniaria; para el reincidente secundario prevé doble destierro, doble pena pecuniaria y marcado corporal (enclavado de lengua); 2) juramento por el nombre de Dios en vano: la primera pena eran diez días de cárcel y multa, la segunda lo duplicaba y la tercera repetía a la anterior y agregaba destierro por cuatro años; 3) incumplimiento del destierro (este caso merece especial atención, porque prevé una hipótesis de reincidencia del castigo impuesto por reincidencia): a quien regresara antes de la finalización del plazo de destierro se le duplicaba la pena, y si volvía a reincidir, se lo condenaba a muerte; 4) Hurtos y robos: la legislación fue cambiando, pero en términos generales preveía una primer pena de privación de la libertad y/o castigo corporal (azotes), una segunda pena de marcado con hierro ardiendo (en la espalda) y una tercera pena que era la de muerte. Otros delitos para los que se previó pena por reincidencia fueron el juego ilegal, la rufianería, la vida de vagabundo, el participar como cómplice en delitos perpetrados por otra persona, posesión de armas prohibidas y deserción del servicio militar u orden de integración a los ejércitos reales (Martínez de Zamora, 1971; Zaffaroni, 2002).

1.2. Conceptualizaciones generales respecto a reincidencia

1.2.1. Legislación extranjera

Puede comenzarse el presente apartado sobre conceptualizaciones de la legislación o la doctrina extranjeras con el caso de España. Es destacable mencionar que se produce un fenómeno que no es el más común: el propio Código Penal español incluye un concepto sobre reincidencia. Lo hace en su art. 22, entre las “Circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, que reza: “Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”. El mismo artículo prevé que no se computen los antecedentes penales cancelados o que correspondan a delitos leves, pero sí que tengan en cuenta las condenas impuestas por jueces de otros países miembros de la Unión Europea.

Agudo (2005) aporta el concepto que en Suiza se ha establecido respecto al instituto analizado en el presente Trabajo Final de Grado. Comenta el mencionado autor

que el régimen de la reincidencia se aplica en el ámbito de la pena como una condición para la individualización de la misma, pero sin extralimitarse de la escala penal de cada tipo. El reincidente, entonces, no puede esperar nunca que su condena sea al mínimo de la escala prevista. El mismo autor también comenta la regulación francesa en materia de reincidencia y su principio general: la reincidencia duplica el máximo de la escala penal de cada uno de los tipos o delitos. La gravedad, como puede evidenciarse, es tal que si el máximo del tipo es de veinte o treinta años de prisión, el efecto de aplicación de la reincidencia torna a dicho máximo en pena de perpetuidad. En todos los casos se modifica la escala penal y es responsabilidad de los jueces determinar la pena concreta. El régimen expuesto se aplica tanto a personas físicas como a personas jurídicas, pero en ambos casos solamente se reincide cuando se comete el mismo delito u otro de similares características (por ejemplo, robo y hurto o estafa y apropiación indebida).

Resta hacer un análisis a los códigos penales de los países limítrofes a la Argentina, por ser con aquellos con los que se supone hay mayor flujo migratorio. En el caso de Chile, el código trasandino no contiene un concepto de reincidencia, y en la parte general de dicho cuerpo solo se prevén efectos en la etapa de ejecución penal para quien es declarado reincidente (art. 90, Código Penal de Chile). En la parte especial del referido código se prevén efectos especiales en algunos tipos específicos (por ejemplo, robo y hurto y en delitos contra la administración pública). Brasil, por su parte, sí ha positivizado un concepto de reincidencia en el art. 63 de su Código Penal, el que afirma que un reincidente es aquel que comete un nuevo crimen después de haber cumplido la condena impuesta por un juez nacional o extranjero por un delito anterior. El efecto de la reincidencia es similar al previsto en el Código de Suiza: es una circunstancia a tener en cuenta para la individualización de la pena. Es importante destacar que el código brasileiro incorpora la posibilidad de que la pena anterior haya sido impuesta por un juez nacional o uno extranjero. En cuanto a Bolivia, el art. 41 del Código de dicho país recepta un concepto de reincidencia muy similar al de Brasil, pero impone un plazo de cinco años como límite para la consideración de reincidencia desde el cumplimiento de la pena. Sin embargo el régimen boliviano se diferencia profundamente de los regímenes estudiados hasta aquí en el efecto general que prevé para el instituto en análisis: el art. 82 tiene prevista la internación en “casas de trabajo o de reforma o en colonias penales agrícolas” a los reincidentes cuando hubiesen finalizado el cumplimiento de la pena privativa de la libertad que se les impuso. Peligroso resulta el

tipo penal abierto, a nuestro considerar, toda vez que no establece un límite temporal para dicha internación, sino que el Código de Bolivia se limita a regularla por “el tiempo que se estime necesario para su readaptación social con revisión periódica de oficio cada dos años”.

En el régimen de estados limítrofes hay dos casos que resaltan: Uruguay y Paraguay. En el caso de Uruguay el art. 48 de su Código Penal prevé la reincidencia, la habitualidad facultativa y la habitualidad preceptiva. En el caso de la reincidencia se la define en términos muy similares a los del código de Brasil o de Bolivia, pero el plazo es de cinco años de cumplida la condena. La habitualidad facultativa se define de igual manera, pero el plazo es de diez años desde el cumplimiento de la condena anterior. Puede evidenciarse, entonces, que la diferencia entre ambos institutos es de tipo temporal y no por un mayor grado de reproche penal o tomando en cuenta alguna actitud que revele la personalidad del autor. Sí hay una diferencia más profunda en el caso de la habitualidad preceptiva: se la define también como la comisión de un nuevo hecho pero que acusa una “tendencia definida al delito, en concepto del Juez”. Como parámetros para la consideración de dicha “tendencia definida” el código en análisis enumera: el género de vida que lleva el autor, su inclinación a la ociosidad, la inferioridad moral de su medio, las relaciones humanas que cultive y “demás antecedentes de análogo carácter”. Al igual que hiciéramos con el Código Penal de Bolivia, consideramos criticable la redacción del Código Penal de Uruguay, por la laxitud de sus términos y por dejar en cabeza del Juez la declaración de la habitualidad preceptiva, que al igual que la facultativa y que la reincidencia son circunstancias que se deben tener en cuenta al momento de individualizar la pena. Finalmente, retomamos el análisis de los diferentes códigos y apuntamos que el Código Penal de Paraguay es el único de los analizados que no contiene ninguna referencia ni prevé régimen alguno para la reincidencia.

1.2.2. Concepto según la doctrina

El maestro de Derecho Penal Sebastián Soler (1992) definió a la reincidencia como la calidad de aquel sujeto que ha sido condenado dos o más veces en virtud de un delito cometido a sufrir pena privativa de la libertad si entre la segunda o posterior

condena y la primera o anterior no media un plazo especial de prescripción y toda vez que ninguno de los delitos sea militar, político o se encuentre amnistiado. Por su parte Creus (1997) se limita a exponer la definición que el art. 50 del Código Penal reserva para el instituto en análisis. Sin embargo sí enumera las características que se deben tener en cuenta al momento de analizar la reincidencia: que haya condena anterior y que esté, como mínimo, parcialmente cumplida; el carácter del delito anterior y del nuevo delito; el carácter de la pena que debería cumplirse; y el plazo entre los delitos.

La doctrina nacional (Soler, 1992; Zaffaroni, 2002; Dayenoff y Koffman, 2016) diferencia entre la reincidencia real o verdadera y la ficta. La primera de ellas es el sistema por el cual se precisa para la declaración de que un sujeto es reincidente el que haya existido pena anterior impuesta y efectivamente cumplida, aunque sea en parte. Su fundamento sería psicológico: la primera pena resultó insuficiente en el ánimo del condenado que, aunque sufrió la referida pena, igualmente vuelve a delinquir. Por otro lado, la reincidencia ficta hace referencia a un sistema para el que no es necesario que se haya verificado un efectivo cumplimiento total o parcial de pena privativa de la libertad. Para este segundo sistema, entonces, bastaría con que exista una sentencia condenatoria. El fundamento radica en el valor que debería tener tal sentencia, su existencia debería convencer al delincuente del disvalor de volver a cometer una falta penal. Hay coincidencia en la doctrina referenciada al inicio del párrafo en que Argentina, según el texto vigente del art. 50, se ha enrolado en el sistema de reincidencia real.

1.2. Relación con otros términos

En un sentido muy amplio, y sin valor jurídico positivo, puede señalarse que la reincidencia es la repetición delictiva, una recaída en un nuevo ilícito penal. Sin embargo, según cuáles sean esos hechos, el tiempo transcurrido entre ellos y la pena con que sean sancionados, podrá hablarse de reincidencia en sentido estricto (y ya analizado en la primera parte de este mismo capítulo) o de otras figuras relacionadas y referidas a la multiplicidad de delitos con un mismo autor. Corresponde ahora analizar con mayor profundidad a la ya referida multiplicidad delictual y, coincidiendo con Goyena (1997), puede aseverarse que no toda nueva comisión de un delito permite afirmar que se configura en una reincidencia ya que se precisaría de una condena previa al nuevo acto

delictivo. Por ello, cuando no exista esa condena previa podrá estarse ante un supuesto de habitualidad o de profesionalidad.

Rodríguez (2007) se ocupa de definir y caracterizar a la habitualidad. Lo hace al decir que se trata de la repetición de actos de una misma especie y que son el resultado del hábito o de la costumbre delictual del autor de los mismos. El citado autor agrega que la habitualidad no es, en el derecho argentino, un concepto jurídico sino una cuestión reservada al plano de lo fáctico y que podría tener acogida como una de las circunstancias a las que se refiere el art. 41 del Código Penal como parámetros para la individualización de la pena. Resulta interesante resaltar que, tal como se analizó en un apartado anterior de este capítulo, el concepto de habitualidad sí tiene efectos legales en la legislación uruguaya (habitualidad facultativa y preceptiva). Por su parte Jiménez (1995) acota que el concepto de habitualidad reviste de gran importancia, porque es indiciario de la peligrosidad del actuar del autor del hecho y de su tendencia al crimen. El autor concluye al comentar que mientras que reincidencia es un concepto jurídico, habitualidad delictiva es un concepto antro-po-sociológico. Coincidimos con Jiménez (1995) y por ello valoramos positivamente que la habitualidad se encuentre receptada por el art. 41 del Código Penal a fin de servir como parámetro al juez al momento de decidir la pena concreta, especialmente cuando existe una escala penal con diferencia notable entre su mínimo y su máximo (por ejemplo, la escala prevista por el art. 79 para el homicidio simple).

La doctrina también ha diferenciado a la reincidencia de la profesionalidad. En este segundo caso, y siguiendo a los tempranos estudios sobre la temática que realizara Welzel (1956), se presentan tres elementos: el primero, en común con la habitualidad, es la tendencia a la multiplicidad delictual por parte de un mismo sujeto; el segundo, y propio de la profesionalidad, es que la costumbre se une a un ánimo de lucro; el tercero, y también propio de la profesionalidad, es el hecho de que el autor convierte a la delincuencia en su modo de vida, su fuente regular de ingresos. El concepto siguió desarrollándose y Cabanellas de Torres (2012) apunta que el ánimo de lucro de la actividad delictual debe estar presente sin excepción, pues es lo que diferencia al delincuente habitual del profesional. Por esta razón agrega que delitos como las exhibiciones obscenas, la violación, la instigación al suicidio y la calumnia, entre muchos otros a nuestro parecer, no pueden configurar profesionalidad delictual, toda vez que de su ejecución no se obtiene un rédito económico.

De la explicación y caracterización expuestas en el párrafo anterior puede afirmarse, a nuestro entender, que lo que impulsa a la profesionalidad es el propósito del autor de recibir el lucro de su actuar, por lo que su configuración no se relaciona con la presencia de una condena previa o de una patología criminal en particular. Agudo (2005) apunta que la peligrosidad de este sujeto profesional radicaría en su especialización y destreza que permiten al autor actuar con mayor seguridad y que lo podría conducir a asociarse con otros y configurar organizaciones criminales o pretender lucros mayores a través, también, de la comisión de crímenes más peligrosos o con un número elevado de víctimas.

Cuadro comparativo

	Elemento distintivo	Clase de delitos en los que se presenta	¿Se exige condena previa para su configuración?	Recepción en el Código Penal Argentino
Reincidencia	Condena previa	Penados con pena privativa de la libertad (art. 50)	Sí	Arts. 50 al 53 y art. 41 (en forma genérica)
Habitualidad	Patología criminal	Cualquier clase de delitos	No	Art. 41
Profesionalidad	Ánimo de lucro	Delitos que permiten obtener lucro	No	Art. 41 (en una interpretación amplia)

Fuente: Elaboración propia

1.3. Libertad condicional

Es un derecho acordado a los condenados a pena privativa de la libertad por el que se les permite acceder a una libertad vigilada, dada bajo ciertas condiciones y exigiéndole el cumplimiento de determinadas reglas de conducta (Soler, 1992). Por su parte el Dr. Creus (1997) se ocupa de caracterizar a este instituto del derecho penal: comenta que mientras que para un sector de la doctrina se trata de una rectificación de la pena impuesta, para otros autores es una suspensión condicional de la pena y para un tercer grupo es una ejecución de la pena, ya que incluye reglas de conducta, pero sin encierro. Consideramos que el aporte de Creus (1997) se refiere a la naturaleza jurídica

de la libertad condicional y en tal sentido coincidimos con la tercera de las posiciones que, a su vez, coincide con el concepto que seleccionamos y que fuera dado por Soler (1992): la libertad condicional no es una absoluta suspensión de la pena, pues las reglas de conducta impiden una total libertad para el imputado. Una opinión muy similar es sostenida por D'Alesio (2005) quien agrega que además esta atenuación del efecto principal de la pena privativa de la libertad, es decir del encierro, es la más compatible con la normativa legal y constitucional argentina. Sostiene su posición en el régimen de progresividad de la ejecución de las penas privativas de la libertad.

Un aspecto importante sobre la libertad condicional es su carácter. En tal sentido, la doctrina se debate entre asignarle el de derecho-beneficio o el de acto facultativo de la autoridad. Quienes adhieren a la primera de las posiciones, un sector más moderno de la doctrina, consideran que cuando se verifican los supuestos de procedencia el juez se encuentra obligado a conceder el beneficio (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005; D'Alesio, 2005). Los autores que ven en la concesión de la libertad un acto facultativo del que es titular el juez, autores menos modernos, fundamentan su posición en la redacción del art. 13, específicamente en "podrán obtener", lo que da idea de una opción y no de una obligación de concesión. Sin embargo, esta facultad no es absoluta y requiere que previamente se demuestre el cumplimiento de las condiciones legales del art. 13 (por ejemplo, el informe de peritos). En caso de denegatoria y estando verificados los requisitos de la norma nombrada, la resolución debe ser fundada (Oderigo, 1946; Chichizola, 1963).



Capítulo 2

Regulación legislativa del instituto. Análisis legal

Introducción

En el presente capítulo se pretende abordar la regulación normativa del instituto de la reincidencia. Primeramente se tratará el aspecto legislativo, analizando las principales normas penales que desarrollan y dan contenido al instituto en nuestro país. Este estudio tiene por objetivo encontrar el verdadero alcance y sentido que el instituto posee en nuestra legislación. En segundo lugar realizaremos el abordaje dogmático que el instituto de la reincidencia posee en la actualidad. Las mismas han sido clasificadas, para los fines prácticos de este trabajo de investigación, en doctrinas que valoran positivamente y justifican al instituto de la reincidencia y doctrinas que propugnan su derogación (doctrinas en contra del instituto). Esta clasificación, si se quiere rápida, pretende como se dijo anteriormente, mostrar y organizar con mayor claridad la opinión autorizada de algunos importantes doctrinarios. Sin embargo la posición de algunos de ellos no es tan radical, por momentos, y como veremos a lo largo de este trabajo, se mostrarán a favor y en otros se mostrarán más críticos respecto de la reincidencia. Debido a esto y a modo de sintetizar el pensamiento de algunos doctrinarios, es que hemos decidido encuadrarlos en alguna de las dos categorías que hemos creado para su análisis.

Habiéndose aclarado este punto clave para nuestra investigación, que hace a la honestidad intelectual y a la metodología empleada en este trabajo, comenzaremos con el desarrollo del capítulo.

2.1. Regulación en el Código Penal Argentino

El instituto de la reincidencia, en nuestro presente legislativo (Ley 11.179, del año 1921) está previsto en el artículo 50 del Libro Primero, Título VIII del Código Penal Argentino. El Proyecto de 1917, sancionado y aprobado en 1921, trajo incorporada la figura de la reincidencia, como una de las innovaciones más avanzadas dentro del auge de la escuela positivista decimonónica. Vale destacar, que desde su redacción originaria no ha sufrido modificación alguna, es por ello que se analizará la figura, en los siguientes apartados, a la luz de este mencionado artículo 50.

Sin embargo este instituto, por su naturaleza jurídica, se relaciona con otras figuras de nuestro Código Penal también incorporadas en el Proyecto de 1917, que son las figuras de la libertad condicional y la condenación condicional. Con la primera, la relación es más directa, cuya regulación pertinente se encuentra en el artículo 14 del Libro Primero, Título II del Código Penal Argentino, ya que para la aplicación de una, necesariamente no se debe dar la otra, como se analizará más adelante. Ahora bien, con la segunda figura la relación es un poco más compleja y se la debe encontrar a partir del análisis y el juego de las normas legales que regulan cada uno de los institutos y que también será objeto de análisis del presente Trabajo Final de Grado.

Como se ha puntualizado, para realizar el análisis legislativo, objetivo esencial de este capítulo, no sólo se toma en cuenta en forma específica el mencionado artículo 50, sino también los artículos que regulan la libertad condicional, es decir el artículo 14 del Código Penal, y el artículo 26 del mismo ordenamiento jurídico, que regula la condenación condicional. Por cuestiones metodológicas y de organización, los analizaremos por orden numérico.

2.1.1. Análisis de los artículos 14, 26, 27 y 50.

Se comenzará el análisis por el mencionado artículo 14, que comienza “La libertad condicional no se concederá a los reincidentes”. Luego el artículo enumera en once incisos diferentes delitos que por su gravedad o por el bien jurídico que atacan, impiden la libertad condicional (por ejemplo: homicidios agravados del art. 80, la mayoría de los delitos contra la integridad sexual, tortura seguida de muerte, financiamiento del terrorismo, etc.)

Como vemos la actual redacción del artículo 14, es muy extensa y específica, para los fines prácticos de este trabajo, extraeremos de la norma sólo lo pertinente al instituto de la reincidencia. La primera oración del artículo, que es de la redacción originaria de 1921 (Ley 11.179), indica que el instituto de la libertad condicional no será aplicable al reincidente, es decir que este beneficio no será aplicable para aquel que habiendo cumplido total o parcialmente una pena privativa de la libertad, cometiere un nuevo delito, merecedor de la misma clase de pena. Como indica claramente la norma, y como adelantamos anteriormente, la relación de la reincidencia y el beneficio de la

libertad condicional, es directa, ya que de existir declaración de reincidencia, no podrá aplicársele al condenado este beneficio y deberá cumplir efectivamente la pena, por el tiempo total establecido por la última sentencia firme. El siguiente capítulo estará dedicado a analizar esta relación en detalle y se profundizará sobre la aplicación y constitucionalidad de estos dos institutos.

Continuando con el análisis de la redacción de la legislación vinculada con el instituto de la reincidencia, se realizará ahora el de la condenación condicional, prevista en el artículo 26, que versa:

En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación¹.

Para que la condena condicional sea procedente, deben darse ciertos requisitos de tipo objetivo o formal y de tipo subjetivos. Entre los primeros se encuentra el de que la pena sea de prisión, excluyendo la multa, inhabilitación y reclusión. Otro requisito es que la pena de prisión no exceda de tres años, estos tres años deben referirse a penas impuestas por sentencias ya pronunciadas y también se aplica la regla en caso de concurso de delitos. Los requisitos subjetivos se refieren a quién será beneficiado con la ejecución condicional de la condena, y se entiende que de su personalidad moral, su

¹Art. 26, Código Penal Argentino, redacción según Ley 23.077. Honorable Congreso de la Nación.

actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y demás circunstancias, debe surgir la inconveniencia de aplicarle efectivamente la privación de libertad. La decisión de otorgar la condenación condicional deberá fundarse en estos elementos según lo exige la ley bajo sanción de nulidad. El Código Penal Argentino otorga al juez la facultad de conceder o no la condenación condicional, pues en cada caso deberá analizar la conveniencia de su otorgamiento en base a las distintas circunstancias del caso (Dayenoff y Koffman, 2016).

Como puede entenderse de la rápida lectura de este articulado, la condenación condicional es sólo aplicable a los casos de primera condena, tal como lo señala el primer requisito, es decir no será aplicable, en principio a los reincidentes. Sin embargo a partir de la reforma introducida por la Ley 21.338 se ha flexibilizado el sistema, con la reforma del art. 27 cuyo texto actual permite que el que habiendo adherido a este beneficio, comete un nuevo delito, es decir reincide, si el mismo se produce después de los ocho años a partir de la primera sentencia firme, en este caso puede concederse nuevamente la condenación condicional. Esta posibilidad procederá si uno de esos delitos cometidos es culposo, ya que de ser los dos delitos dolosos, el plazo se elevará a diez años. En este último caso, ya no se aplica al reincidente, ya que las sentencias condenatorias, caducan con todos sus efectos, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 51 del Código Penal Argentino, a los de diez años, y por lo tanto ya no existirá el instituto ni podrá ser declarada la reincidencia.

Como podemos apreciar la relación de este instituto con la reincidencia es más compleja que con la libertad condicional, ya que aquí, de acuerdo al juego y articulación que se puede realizar de las normas, en principio la condenación condicional no sería aplicable al reincidente, es decir primera condena. Sin embargo, como se ha visto, la norma vigente posibilita su aplicación al reincidente, en el primer supuesto del párrafo segundo del artículo 27 del Código Penal Argentino. Ese es para nosotros el caso en donde estos institutos se vuelven compatibles. En el segundo supuesto del mismo párrafo, creemos que ya no se trata de la aplicación de la condenación condicional a un reincidente, propiamente dicho, sino que se trata de una nueva condena que debe ser tratada como primera, ya que la anterior de acuerdo a los plazos del artículo 51, caducó con todos sus efectos.

2.1.2. Análisis del artículo 50: régimen de la reincidencia.

En el presente subapartado se analizará el ya mencionado artículo 50, propio del instituto de la reincidencia, que versa:

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

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

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

Debido a importancia de este artículo para nuestro trabajo de investigación y siguiendo al Dr. López Carribero (2016), analizaremos este instituto a partir de los siguientes puntos de análisis, a saber:

- a) Cumplimiento parcial de la pena.
- b) Nuevo delito
- c) Condena sufrida en el extranjero
- d) Delitos políticos
- e) Delitos militares
- f) Delitos amnistiados
- g) Delitos cometidos por menores

h) Prescripción de la reincidencia

Se comenzará ahora el desarrollo de cada uno de los puntos de análisis:

a) Cumplimiento parcial de la pena

Se parte desde el análisis del cumplimiento parcial, ya que no existe duda interpretativa sobre el cumplimiento total de una pena privativa de libertad. Pero cuando se hace referencia a cumplimiento parcial, la situación se modifica y se han dado siempre distintas interpretaciones en torno a ello. Por eso se ha elegido, la que se cree es la más ajustada a derecho, y la misma se inclina en establecer, como mínimo para que exista cumplimiento parcial, a las dos terceras partes de la condena. Coincidimos con esta postura ya que ese es el tiempo mínimo a los efectos de intentar la inserción social del condenado y la posibilidad de reprocharle el instituto de la reincidencia, cuando se ha cometido nuevamente un delito merecedor de la pena privativa de la libertad (López Carribero, 2016). Además de la opinión de autorizada doctrina, el argumento encuentra sostén en lo previsto por la Ley 24.660, ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad², en la que se establecen los procedimientos para la llamada reinserción social y laboral de quienes cumplen pena de privación de la libertad.

b) Nuevo delito

La norma establece un “nuevo delito”, pero no hace referencia alguna a la intencionalidad del sujeto, es decir no hace diferencias entre delitos culposos o dolosos, como sí lo hace en materia de condenación condicional, por ejemplo. Como vemos la ley penal, no ha tenido en cuenta la enorme diferencia existente entre el dolo y la culpa, por lo que consideramos que debemos optar por uno de ellos en materia de reincidencia, y junto a la doctrina ya citada nos inclinamos a pensar que el elemento subjetivo necesario por el cual se sostiene científicamente la reincidencia es el dolo (López Carribero, 2016). Sin embargo, pese a esta interpretación, la redacción del artículo 50, es muy clara, y alguna parte de la doctrina, adopta el sistema de la reincidencia impropia o genérica, en donde se entiende también que un delito culposo puede satisfacer el requisito, que requiere la norma (Martínez de Zamora, 1971).

c) Condena sufrida en el extranjero

²Ley 24.660, Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. Honorable Congreso de la Nación.

Terminado el análisis del primero de los párrafos, se seguirá con el segundo de ellos que hace abiertamente referencia al derecho penal internacional. El legislador da lugar a la reincidencia por delitos cometidos y juzgados en el extranjero cuando el delito extraterritorial cometido hubiese dado lugar, según nuestra ley, a extradición. Para entender mejor el alcance de esta norma, se debe hacer referencia necesaria a la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal³, de donde se deriva que no sólo es necesario que la acción del sujeto, cometida en el extranjero, constituya también delito para nuestras leyes penales internas, sino que además es necesario que la ley argentina establezca la posibilidad de la extradición para ese delito determinado (Fontán Balestra, 1998).

Además el artículo hace referencia a “condena sufrida”, es decir que debe respetarse el sistema de reincidencia “real”, aun cuando la condena hubiere tenido lugar en el extranjero. Por real se debe entender verdadero cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad en el extranjero, porque puede ocurrir que la legislación extranjera permita condenación condicional para ciertos tipos de delitos, que nuestro ordenamiento no permita. Por ello es necesario que para la correcta aplicación del instituto de la reincidencia, será necesario que la ley extranjera establezca cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad y que la misma se haya cumplido. De lo contrario estaría ausente el requisito de “cumplimiento de la pena”, y no será posible la aplicación del artículo 50 del Código Penal Argentino, aun cuando el delito pretérito permita la extradición por la ley argentina (López Carribero, 2016).

Ahora bien se plantea también la posibilidad de que exista cumplimiento parcial de pena en el extranjero, en la doctrina esto aún no está del todo definido y adoptamos la opinión de una parte de la doctrina, que establece que para que sea aplicable el instituto de la reincidencia, por pena privativa de la libertad en el extranjero, la misma debe ser pena de cumplimiento total, no bastando para la declaración el cumplimiento parcial de pena (López Carribero, 2016). Esta parte de la doctrina entiende que toda vez que el cumplimiento parcial sólo está establecido para las penas dictadas por nuestros tribunales, pues para las condenas dictadas por tribunales extranjeros la ley penal sólo se limita a decir “condena sufrida”, sin hacer mención a parcialidad alguna.

³Ley 24.767, Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal. Honorable Congreso de la Nación.

d) Delitos políticos

Este tipo de delitos es el primero de los establecidos por la ley penal de fondo, al igual que lo hace la Ley 24. 767, como excepciones para la aplicación de los efectos jurídicos en relación a la reincidencia y la extradición. Ahora bien, es conveniente hacer una sencilla diferenciación entre delitos políticos y delitos comunes, para poder comprender bien el alcance de esta norma. Siguiendo al Dr. Hugo López Carribero (2016), se entiende por delitos políticos:

El delito político es aquel que se comete en lesión de la ideología contraria al gobierno de turno y que puede estar dirigido a la estabilidad gubernamental o al contenido dogmático. [...] El delito llamado “político” tiene como objetivo lesionar al gobierno mismo, y no a las instituciones políticas del Estado. [...] El delito político tiende a obstaculizar la continuidad del gobierno, pero no del país (López Carribero, 2016, p. 2).

Por otra parte el delito común es el que lesiona tanto la vida normal del pueblo y de las mismas instituciones del país, como también lesiona a los bienes jurídicos protegidos por la comunidad y su lesión está sancionada por las leyes penales internas de la Nación (Fontán Balestra, 1998).

e) Delitos militares

Cuando el Código Penal Argentino se refiere a delitos militares, debe entenderse que son aquellas acciones que atentan contra la organización de las Fuerzas Armadas del Estado (López Carribero, 2016). Esta redacción del artículo 50, se encuentra desactualizada, ya que no existe en el presente un Código de Justicia Militar porque el mismo fue derogado por Ley 26.394⁴ en el año 2008, y por lo tanto hoy los “delitos militares” se encuentran incorporados al Código Penal Argentino, quedando sólo en forma excepcional algunas figuras delictivas incorporadas en el llamado “Procedimiento Penal Militar para Tiempo de Guerra y Otros Conflictos Armados”, anexo tercero de la mencionada ley (Bailone, 2007).

f) Delitos amnistiados

⁴Ley 26.394, Derogación del Código de Justicia Militar. Honorable Congreso de la Nación.

La ley también excluye de los efectos de la reincidencia a los delitos que hubieran sido alcanzados por amnistía. La amnistía es un acto de olvido, que se dicta en forma genérica y por medio de una ley del Congreso (López Carribero, 2016). Esta exclusión del artículo 50, es concordante con las disposiciones del artículo 61 del Código Penal Argentino, que expresa que la amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos.

g) Delitos cometidos por menores

Esta disposición hace referencia a los delitos cometidos por menores de dieciocho años que, como el artículo claramente nos dice, no darán lugar a la reincidencia. Ahora bien, se plantea la duda en la propia ley 22.278⁵, del Régimen Penal de Minoridad, ya que en el párrafo segundo del artículo quinto se expresa: “Si fuere juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente”.

El referido párrafo segundo del mencionado artículo plantea una verdadera duda, cuando un delito es cometido por un menor de dieciocho años y luego de alcanzar esa edad comete uno nuevo merecedor de pena privativa de libertad. Ante tal situación Zaffaroni (2002) se refiere al requisito en análisis de la siguiente forma:

(...) que un delito sea cometido antes de los dieciocho años y después de condenado por éste, cometa un nuevo delito ya alcanzando esa edad. En este supuesto el tribunal podrá o no considerarlo reincidente. Entendemos que ello dependerá siempre de la alarma social que pueda provocar el hecho, atendiendo a la edad de la víctima, lo que el tribunal deberá valorar en cada caso, pero de todas formas, esa declaración no podrá agravarle la pena fuera de los límites del artículo 41 (Zaffaroni, 2002, p. 373).

h) Prescriptibilidad de la reincidencia

El último párrafo del artículo establece el principio de la prescriptibilidad del instituto de la reincidencia, estableciendo un término mínimo y máximo para que la misma no sea tenida en cuenta. Debe mencionarse que a diferencia de la condenación

⁵Ley Nacional 22.278. Honorable Congreso de la Nación.

condicional, el plazo comenzará a contarse desde el cumplimiento de la condena y no desde el dictado de la sentencia o desde que ella ha quedado firme. Hay que mencionar, como se dijo anteriormente, que este principio general cede ante los plazos de la condenación condicional del artículo 27 (Fontán Balestra, 1998).

No habiendo grandes inconvenientes de interpretación en lo referente a los plazos, se intentará aclarar mejor el concepto de la “prescripción de la reincidencia”, ya que la terminología puede ser no muy clara. En efecto, no existe tal prescripción de la reincidencia, ni tampoco existe lo que a veces se menciona como prescripción de la condena a los efectos de la reincidencia. Lo que sí prescriben son los efectos que posibilitan la futura declaración de reincidencia, que como puede advertirse no es lo mismo (López Carribero, 2016). Para los fines prácticos se dice que la misma tiene plazo de prescripción, que como el artículo 50 indica no podrá ser menor a cinco años ni excederse de los diez años de cumplida la condena.

2.2. Análisis crítico de la normativa

Siguiendo a la Dra. María Ester Zabala (2005), el gran problema de la reincidencia, es que en cada plano de la Teoría del Delito que se adopte, subyacen garantías constitucionales que intentan contener al poder punitivo del Estado. Existe una relación de género a especie entre la teoría elaborada en torno a aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y la agravante de la reincidencia. Por ello, la vinculación de ésta última con los principios de legalidad, de culpabilidad y la garantía del *non bis in idem* es muy estrecha y no puede estudiarse la ya referida reincidencia sin tener en cuenta las garantías reconocidas en la Carta Magna Nacional.

Este instituto, al igual que cualquier otro instituto de la Teoría del Delito, debe ser coherente y no oponerse a las garantías y principios del derecho penal liberal, reconocidos por nuestra Constitución Nacional. Es por ello que el instituto de la reincidencia ha estado presente en los grandes debates, inacabados por cierto, de la doctrina penalista desde la incorporación del instituto, a las legislaciones penales modernas (Zabala, 2005).

Si el tema parece complejo, resulta serlo aún más cuando se considera la relación de este instituto con los otros explicados anteriormente, ya que la necesaria coherencia con las garantías y principios constitucionales se debe extender a esa relación normativa entre el instituto de la reincidencia, de la condenación condicional y de la libertad condicional. Es por ello que nos detendremos ahora en el desarrollo doctrinario referido específicamente al instituto de la reincidencia y dejaremos el desarrollo de los demás institutos para el capítulo siguiente.

Como se observa debido a la complejidad del instituto, el debate doctrinario es arduo, por ello se decidió ordenar las teorías en dos grandes categorías: las que sostienen la ventaja de mantener el instituto de la reincidencia y las que argumentan que sería mejor su derogación. Pese a este esfuerzo de categorizar, el debate continúa siendo muy amplio para los fines prácticos de este trabajo de investigación, por ello también se decidió ordenar dentro de cada categoría el debate, en algunos de los puntos doctrinarios más discutidos, como son: el principio del *non bis in idem*, el principio de culpabilidad y el derecho penal autor.

2.2.1. Teorías a favor del instituto de la reincidencia

Entre los autores con una posición favorable al régimen de la reincidencia no existe una uniformidad absoluta; a continuación se tratará de realizar un breve desarrollo que permita comprender la diversidad doctrinal existente a la hora de buscar una justificación a la existencia o mantención del instituto de la reincidencia en la legislación argentina. Puede resultar necesario destacar que aquellos sectores de la doctrina que defienden la aplicación de la reincidencia no pueden reducir su análisis y justificación simplemente a los elementos tradicionales del delito según la dogmática jurídica penal. Estos referidos sectores encuentran motivos de un claro carácter político-criminal y bajo ningún concepto niegan que la reincidencia debe estar fundada en los límites establecidos en el derecho penal liberal y en la propia Constitución. Siempre la política-criminal en su conjunto y no sólo la fundamentación de la reincidencia, deberán siempre ajustarse a esos límites. En la obra de Puente Rodríguez (2013) se agrupa algunos de los autores más notables que pueden enrolarse en esta posición favorable.

Se intentará ordenar a las teorías en dos corrientes argumentales fundamentales: las que consideran a la reincidencia como un aumento del injusto típico y las que la consideran como incremento de la culpabilidad de autor. Son estos dos enfoques los que, desde nuestro punto de vista, encuentran mejor acogida en un derecho penal liberal y acorde a los principios constitucionales que en él se reconocen.

Entre los defensores de la primera postura encontramos al penalista español Santiago Mir Puig y al italiano Angelo Latagliata. Dentro de la segunda postura, quizás más recogida por nuestra jurisprudencia, encontramos al penalista español Alejandro Martínez de Zamora. Las diferencias esenciales entre ambas posturas no se encuentran tanto en una interpretación o análisis distinto del instituto sino en una postura distinta respecto al sistema del delito. Ambas difieren en la concepción de la culpabilidad, y por ello darán lugar a distintas conclusiones. En el primer grupo se encuentran quienes sostienen que la culpabilidad es una “medida variable” (Latagliata, 1963) y para quienes se concibe como una “imputación personal”, como una mera condición de para cargar el injusto penal que puede impedir la atribución total o parcialmente, pero que no puede aumentar la gravedad al hecho (Mir Puig, 1974). Sin embargo ambas posturas convergen en el papel concedido a la condena previa. Este requisito es esencial para razonar acertadamente acerca del instituto de la reincidencia. La condena previa no es solamente un mero requisito formal existente para reforzar la seguridad jurídica. La referida condena supone una muy importante experiencia de vida del individuo y, como tal, debe ser tenida en cuenta (Puente Rodríguez, 2013).

Siguiendo a Mir Puig (1974), la gravedad del injusto del hecho cometido por el reincidente es mayor porque al contenido específico de dicho injusto se le añade el “rebelde desprecio” de los bienes jurídicos afectados, el cual se encuentra expresado por el rechazo al significado de la condena anterior. Este rechazo, a su vez, se encuentra cristalizado en el nuevo hecho penal. De tal modo, la reincidencia no atacaría sólo una norma abstracta dirigida a todos los ciudadanos sino a una norma especialmente dirigida a él por su propia experiencia personal sufrida (Puente Rodríguez, 2013). En tal sentido la Dra. Carmen Argibay dijo en el Fallo Maciel:

Es constitucionalmente admisible establecer una diferencia valorativa entre el comportamiento de quien porta ilegítimamente un arma sin registrar antecedentes condenatorios de aquel que, además de incurrir

en el tipo básico, registra condenas por haber cometido delitos dolosos con el uso de armas contra la vida e integridad física de los demás. En otras palabras, es razonable entender que el comportamiento de portar un arma tiene un significado social más disvalioso en aquellos casos en los que el autor ya ha sido sancionado judicialmente por haber exteriorizado un impulso delictivo contra otro y/o mediante el uso de armas⁶.

Por otra parte, consideramos interesante destacar la idea que sostiene el autor previamente citado de que una presunción de menor culpabilidad en el autor reincidente se encuentra mucho más justificada que la presunción opuesta de una mayor culpabilidad (Mir Puig, 1974).

En una dirección distinta, se presenta la doctrina que defiende el incremento de culpabilidad en el reincidente como base para el aumento de la pena. La postura puede ser resumida como “El deber de no re delinquir, más fuertemente sentido, es también más fuertemente transgredido” (Martínez de Zamora, 1971, p. 36). Debe tenerse en cuenta que es esta la postura que más críticas ha generado de parte de las teorías que abogan por la supresión de la reincidencia (Zaffaroni, 2002)

Existe otra postura destacable, dentro de la doctrina internacional, que merece ser analizada y es la del italiano Angelo Latagliata. Para este autor lo que distingue al sujeto reincidente del no reincidente es la existencia, en el primero, de una responsabilidad moral más intensa dada por la conciencia directa del desvalor de determinados comportamientos. El recuerdo del proceso y la sanción enriquecen la capacidad del sujeto de evitar conductas prohibidas por el ordenamiento (Latagliata, 1963). No es el mayor conocimiento de que la actuación es delictiva lo que incrementan la culpabilidad, sino la experiencia personal que debiera actuar como freno. En este sentido se expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallo Leveque:

La mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir una pena privativa de la libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de

⁶C.S.J.N., “Maciel, M. F. s/ Recurso de Inconstitucionalidad”, Fallos 336:52 (2013), consid. 8.

culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese haberla sufrido antes, recae en delito⁷.

Las teorías más críticas de la reincidencia señalan que la misma es violatoria del principio *non bis in idem*. El argumento es contrario al de otro importante sector doctrinario, que considera que si se respetó la regla de que el límite de toda pena está definido por la medida del injusto culpable, el hecho de que la pena se ajuste totalmente no constituye una violación al principio mencionado (Munilla Lacasa, 2015). En tal sentido se expresó el Dr. Enrique Petracchi en su voto en la causa “Gramajo”:

Que si bien es cierto que esta Corte ha autorizado la valoración dual de la reincidencia, como reflejo de una mayor culpabilidad (en el marco del art. 41, Código Penal) y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas (imposibilidad de libertad condicional del art. 14, Código Penal) sin ver en ello una violación al *non bis in idem*, no se debe perder de vista que el "ajuste" del tratamiento carcelario que se permitió en Fallos: 311:1451 ocurre dentro del marco del cumplimiento de una pena privativa de libertad cuyo fundamento es la culpabilidad del condenado y no más allá de ella⁸.

En la reincidencia se considera efectivamente el hecho anterior pero no para juzgarlo nuevamente: el único juzgamiento se hace en relación al nuevo hecho por el cual el autor merece la declaración de reincidencia. No habría reincidencia sin un hecho condenado anterior, pero la consideración de ese primer hecho es sólo a los efectos de reconocer y comprobar el mayor injusto en el segundo (Munilla Lacasa, 2015).

Por último, abordamos la crítica sobre que la reincidencia es un instituto típico del derecho penal de autor, es decir un derecho penal que responsabiliza la culpabilidad del acto en la personalidad del sujeto activo de delito y que sostiene que mayor es la culpabilidad del reincidente. En defensa autores como el Dr. Luis M. García, sostienen que lo que funda la mayor reprochabilidad es el conocimiento de la criminalidad del acto, con el agregado de que conoce lo incisivo de la consecuencia jurídica (García, 1992). En este sentido la Dra. Carmen Argibay en “Maciel” dijo:

⁷C.S.J.N., “L’Eveque, R. R. s/ Recurso Extraordinario”, Fallos 311:1451 (1988), consid. 4.

⁸C.S.J.N., “Gramajo, M. E. s/ Robo en grado de tentativa”, Fallos 329:3680 (2006), consid. 14.

Tampoco resulta admisible la afirmación del impugnante en relación al derecho penal de autor, pues no puede aceptarse bajo ningún punto de vista que castigar más severamente una persona por registrar condenas anteriores por cierta clase de delitos pueda ser equiparado valorativamente con hipótesis sancionatorias que tuviesen en cuenta a tales fines el modo en el que el individuo ha conducido en general su vida o las características esenciales de su personalidad, tales como raza, sexo, religión, nacionalidad, preferencias políticas, condición social, etcétera⁹.

2.2.2. Teorías críticas respecto al instituto de la reincidencia.

En sentido contrario al apartado anterior, los doctrinarios que hemos agrupado en esta parte del trabajo postulan o bien la total eliminación del instituto de la reincidencia o bien la modificación de la reincidencia como agravante. Los argumentos son similares y podemos resumirlos, en principio, a dos razones fundamentales. Por una parte, expresan la insuficiencia de la pena para combatir eficazmente el fenómeno de la recaída en el delito y resolver, en su caso, los problemas de los autores imputables peligrosos. Es decir que rebaten a las justificaciones político-criminales. Y por otra parte, según ellos entienden, postulan la absoluta incompatibilidad teórica existente entre el principio de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho y la agravación de la pena por reincidencia. En tal sentido se expresa el Dr. Eugenio Zaffaroni:

La recuperación del pleno derecho penal de garantías daría un paso sumamente significativo con la abolición definitiva de la reincidencia y de sus cercanos conceptos, evocativos en todos los tiempos de las desviaciones autoritarias respecto de los principios fundamentales del derecho penal liberal y, especialmente del estricto derecho penal de acto (Zaffaroni, 1992).

Las primeras críticas sobre la reincidencia, tienen dicho los doctrinarios, radica en que ninguna teoría a favor logra explicar y justificar el *plus* punitivo que habilita el instituto, fundado en razón de un delito anterior, que ya fue juzgado o penado, por lo

⁹C.S.J.N., “Maciel, M. F. s/ Recurso de Inconstitucionalidad”, Fallos 336:52 (2013), consid. 6.

que importa una severa violación al *non bis in idem* (Zaffaroni, 2002; Dayenoff y Koffman, 2016).

Las críticas más fuertes se sostienen en que la reincidencia colisiona directamente con el principio de culpabilidad, ya que la misma se centra en la culpabilidad de autor y no de acto. Estas variantes de culpabilidad, que no sean de acto, pretenden responsabilizar al autor de un delito por lo que es, es decir por su carácter o por la conducción de la vida, no responsabilizan al autor por sus acciones, por lo que hizo. En oposición de lo que opinan las teorías que aceptan y justifican la reincidencia, estas teorías dicen que en lugar de una mayor conciencia de la antijuridicidad, en la reincidencia habría por lo general una menor culpabilidad en virtud del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad, generado por un anterior ejercicio del poder punitivo estatal. El Estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar (Munilla Lacasa, 2015). En este sentido se expresa el Dr. Daniel Erbetta al afirmar que el delito anterior debe considerarse una fuente de menor culpabilidad. Lo hace en su voto de la causa “González” del año 2014: “en tanto la anterior pena cumplida puede haber provocado un deterioro y una estigmatización que genere una reducción del ámbito de determinación y con ello del reproche graduable de culpabilidad”¹⁰.

En la misma dirección, y con propósito de clarificar el concepto de derecho penal de autor y las características de peligrosidad, Zafaronni ha expresado en el caso “Taboada Ortiz”:

Que el motivo por el cual se aplica una pena más gravosa se relaciona con una situación personal del imputado (la existencia de antecedentes condenatorios, o de causas en trámite) que excede la culpabilidad por el acto por el que está siendo juzgado y se manifiesta como la aplicación de una forma particular de reincidencia. Así lo explica el voto de la vocal preopinante de la Cámara de Apelaciones, cuando dice: "La mayor culpabilidad que funda el mayor reproche radica en que el sujeto conoce la amenaza penal mejor que otro que nunca ha sido condenado por un delito de las características señaladas, por lo que puede afirmarse

¹⁰C.S.J. SantaFe, “González, G. L. s/ Apelación denegatoria de libertad condicional”, 260:207 (2014), consid. 3.

un conocimiento más acentuado de la prohibición" y agrega que "La indiferencia ante la anterior sanción impuesta por otros hechos cometidos con arma de fuego, cuya naturaleza incisiva ya conoce justifica, sin duda alguna, un mayor reproche".

Queda claro que la pena aplicada no guarda relación con la culpabilidad por el hecho, sino que se le reprocha además, su calidad de reiterante, premisa que denota la aplicación de pautas vinculadas al derecho penal de autor de peligrosidad¹¹.

Como puede advertirse, conforme a esta a esta postura, la reincidencia ya no debería ser considerada una agravante del delito, sino un atenuante. Se puede observar lo que a nuestro criterio configura un inadmisibles afán por victimizar al autor. Esta actitud conlleva que las víctimas reales del delito sean lisa y llanamente ignoradas por los sostenedores de este criterio; el único real victimario, según esta singular doctrina, es el Estado, por su marcada ineficiencia en reinsertar a los condenados primarios (Zaffaroni, 2002; Puente Rodríguez, 2013).

Sin embargo existe otra doctrina que también es crítica respecto al instituto de la reincidencia, sostenida por el Dr. Edgardo Donna y la Dra. María José Iuvano (1984) y que si bien comparte las líneas argumentales de la anterior corriente, no llega a las mismas conclusiones. Los autores nos dicen respecto del reincidente:

Implica reconocer el fracaso de la pena que se sufrió, significa menos culpabilidad del sujeto, menos capacidad de comprender la criminalidad del acto y conducirse conforme a derecho. No puede el Estado tomar esta menor capacidad para aumentar la pena al sujeto. (Donna e Iuvano, 1984, p. 37)

Como se observa, Donna e Iuvano también afirman que la reincidencia debe ser considerada como una atenuante del delito, pero se inclinan por la supresión total de la reincidencia con todas sus consecuencias y efectos. Sostienen que el estado de reincidencia marca a fuego al individuo, convirtiéndolo en un sujeto que está fuera de la sociedad. De allí en adelante el reincidente quedará estigmatizado y la sociedad lo tendrá a su disposición para poder buscarlo cada vez que se comenta un hecho delictuoso, sea o

¹¹C.S.J.N., "Taboada Ortiz, Victor s/ inf. Art. 189 bis", Fallos 336:63 (2013), consid. 5.

no sea el verdadero autor. La misma sociedad crea sin lugar a dudas sus parias y los expulsa de su seno para luego crear sus defensas contra ellos (Donna e Iuvano, 1984).

Por último se analizará la crítica realizada a la reincidencia sobre la habilitación de mayor punición por la peligrosidad del sujeto. Algunos doctrinarios entienden que la mayor punición del instituto está sostenida en la mayor peligrosidad del sujeto, demostrada en la comisión de un nuevo delito (Juliano, 2011). Poder determinar la peligrosidad de un sujeto es algo totalmente incierto y probabilístico sometido a la mera intuición, lo cual parecería extralimitar los límites éticos y constitucionales que regulan a nuestro estado de derecho. Autores enrolados en esta tesis, se han animado a expresar que el concepto de peligrosidad es un término ambiguo y sujeto a interpretaciones que pueden avasallar las garantías constitucionales. El Dr. Eugenio Zaffaroni, siguiendo esta teoría expresó en el caso “Taboada Ortiz”:

Que cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que la invocación a la peligrosidad "constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía (...) En consecuencia, la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos para la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención"¹².

Conclusiones parciales.

Este capítulo tuvo como objetivo analizar la legislación vigente en la Argentina en materia de reincidencia para poder identificar cuál es el verdadero contenido y el alcance real del mencionado instituto. Además del análisis legislativo, se desarrollaron

¹²C.S.J.N., “Taboada Ortiz, Víctor s/ inf. Art. 189 bis”, Fallos 336:63 (2013), consid. 6.

las teorías más importantes a favor y críticas de la reincidencia. De las cuales se derivan las siguientes conclusiones parciales:

La reincidencia no afecta el principio *non bis in idem*, pues el hecho anterior no se vuelve a juzgar, ni se lo pena otra vez. Lo que sí sucede en realidad es que solamente se considera como hecho juzgable el segundo delito, mientras que al primero se le reserva el lugar de ser tenido en cuenta para reconocer y comprobar el mayor injusto. Afirmamos esto pues coincidimos con la autorizada doctrina y jurisprudencia ya citadas en que el condenado demuestra un mayor grado de desprecio por la pena y por los derechos de terceros.

La reincidencia no toma en cuenta la personalidad del autor, o su carácter, ni su grado de peligrosidad. Ello exigiría una valoración subjetiva de su comportamiento en abstracto, alejado de todo límite ético aceptable para un Estado de derecho. Sino que lo que se toma en cuenta es la actitud de desprecio puesta de manifiesto por el reincidente no configura en sí mismo un injusto. Lo que se castiga es un segundo hecho delictivo autónomo y concreto, sin que en ningún momento se agrave el primer injusto ni la culpabilidad del mismo, cuyos contornos han quedado definidos inmutablemente por la sentencia condenatoria y bajo la autoridad de la cosa juzgada.

Por último en la reincidencia no se pone el acento en la mayor peligrosidad del autor, sino en su mayor culpabilidad, que autoriza a agravar el modo de ejecución a la pena en su faz temporal (ya que el sentenciado deberá cumplir más tiempo recluso sin poder, por ejemplo, acceder a la libertad condicional) . El reincidente conoce afectivamente la antijuridicidad de su conducta porque resultó condenado previamente. La reincidencia entonces consiste en tomar en cuenta un dato objetivo y formal tomado de la realidad y, por supuesto, no implica juzgar dos veces la misma situación.



Capítulo 3

Reincidencia y libertad condicional

Introducción

El presente capítulo tiene por objetivo desarrollar la vinculación normativa entre el instituto de la reincidencia y el de la libertad condicional. Como se mencionó en el capítulo anterior, ambos poseen una vinculación que se puede denominar directa, ya que la declaración de una, es decir de la reincidencia, hace inaplicable el beneficio de la otra, la libertad condicional. Esta relación que *a priori* parece sencilla será el objeto de análisis del capítulo, que comienza con el estudio de las reglas de aplicación de los institutos; en segundo término se analizará críticamente la normativa vigente en el Código Penal Argentino; por último se realizará el análisis doctrinario de esta vinculación normativa. Se prevé organizar a los aportes de la doctrina, como se realizó en el capítulo precedente, en dos grupos, según su postura más favorable o menos favorable a la aplicación de la libertad condicional a quienes han sido declarados reincidentes.

3.1. Reglas de aplicación

Como se vio anteriormente, el instituto de la reincidencia se encuentra regulado, para los fines de nuestra investigación, en el artículo 50 del Código Penal Argentino. Por su parte, el instituto o beneficio de la libertad condicional se encuentra regulado en el artículo 14 del mismo ordenamiento nacional. Esto es importante advertirlo, ya que de ahora en más cuando se haga referencia a estos artículos estaremos hablando específicamente de estos institutos y del Código Penal Argentino, y no de otros ordenamientos. De referirse a otros ordenamientos, se aclarará oportunamente.

Ahora bien, es importante analizar qué se entiende en la doctrina por libertad condicional. Puede afirmarse que es un derecho, por eso algunos autores le denominan “beneficio”, de los condenados del que pueden gozar cuando cumplen un determinado tiempo en prisión (actualmente esos plazos están regulados por el artículo 13 del Código Penal, que fuera reformado en 2004 mediante Ley 25.892¹³) y siempre que demuestren el regular comportamiento carcelario acompañado de informes favorables de los

¹³Ley Nacional 25.894 (Reformas al Código Penal). Honorable Congreso de la Nación.

organismos competentes. Este beneficio, la libertad condicional, consiste en una suspensión parcial de la pena privativa de la libertad que tiene lugar durante un período de prueba, que de resultar favorable para el condenado, determinará la extinción definitiva del resto de la pena privativa de libertad que le quedaba por cumplir (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005).

Ahora bien este instituto, como se dijo anteriormente y de acuerdo a la normativa que lo reglamenta, está vedado para los reincidentes: “La libertad condicional no se concederá a los reincidentes”. La nueva redacción corresponde a la reforma introducida por la Ley 27.375 en el año 2017¹⁴. Esta prohibición se sostiene en criterios preventivos especiales, ya que sólo se refiere al modo de ejecución de la condena y en ningún modo atañe al injusto o a la culpabilidad del acto. Dichos criterios son los que se encuentran presentes también en otras disposiciones relativas al modo de ejecución de la pena privativa de la libertad, o a la conducta posterior al hecho. En ninguno de esos supuestos se pondera, ni mucho menos se aumenta, el reproche de culpabilidad fijado al momento de la sentencia firme. Son estas valoraciones preventivas especiales las que permiten justificar esta prohibición por parte del legislador, y que obliga al reincidente al cumplimiento efectivo del resto de la pena impuesta (Munilla Lacasa, 2015). La misma opinión es sostenida en la jurisprudencia nacional, como expuso el Dr. Luis García al fallar en el caso “Actis” de 2011: “ese resto pertenece al reproche del hecho culpable, culpabilidad cuya medida está ya establecida de modo definitivo en la sentencia”¹⁵. Por eso creemos que si al momento de la sentencia se respetó la máxima por la cual la pena jamás puede exceder la culpabilidad por el hecho cometido, la elección sobre las condiciones y modo de ejecutar la sentencia no vulnera el principio de culpabilidad, ni en el momento de la imposición de pena, ni en el momento del progreso de su ejecución. Esta tesis que sostenemos encuentra justificación normativa en principios de raigambre constitucional, como lo es el principio de legalidad contenido en el art. 19 de la Carta Magna nacional. Afirmamos esto porque si, por ejemplo, un delito prevé una escala penal de dos a seis años de prisión, el principio de legalidad se respeta cuando se impone una pena privativa de libertad igual o superior a dos años y menor o igual a seis años, que siguiendo la línea del ejemplo propuesto

¹⁴Ley Nacional 27.375 (Reformas al Régimen de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad). Honorable Congreso de la Nación.

¹⁵CNCP, Sala II, “Actis, M. A. s/ Recurso de inconstitucionalidad”, Reg. 17892.2 (2011), consid. 6.

podría ser de cinco años. La reincidencia, y su efecto sobre la negativa a que se conceda la libertad condicional, tiene consecuencias sobre el cumplimiento efectivo de los cinco años de prisión o el cese de dicha restricción a la libertad antes de los ya referidos cinco años. Así, y siguiendo con nuestro razonamiento, la culpabilidad se juzga al momento de aplicación de la pena, respetando la escala en abstracto que contiene el tipo penal, y no en el de ejecución de una pena ya impuesta. Esta posición que sostenemos será desarrollada durante el presente capítulo.

Ahora bien desde un análisis integrado con las normas constitucionales e internacionales respetuosas de los derechos humanos, se esboza el fundamento de la libertad condicional en el marco de nuestro sistema jurídico como el modo para:

(...) hacer efectiva la obligación, inherente al Estado, de garantizar que las penas privativas de la libertad posean el menor efecto desocializador y deteriorante posible, a partir del despliegue de recursos materiales y humanos dirigidos a mitigar los efectos del encarcelamiento y ofrecer asistencia al condenado en el medio libre durante un periodo previo a su liberación definitiva (Alderete Lobo, 2007, p. 26).

De dicho fundamento, la doctrina mayoritaria entiende al instituto de la libertad condicional como un derecho del condenado, dejando de lado la vieja concepción de acto graciable o discrecional del Estado, ya que la misma no es congruente con los nuevos principios constitucionales y con el estado de derecho. Por esta razón, el condenado tiene el derecho a reclamar su concesión y el órgano jurisdiccional el deber de acordarlo cuando estén reunidos los requisitos formales y materiales (Chiara Díaz, 1987).

Bajo esta nueva óptica, es decir la consideración de la libertad condicional como un derecho del condenado, parecería difícil justificar la constitucionalidad del ya referido artículo 14, en cuanto a la prohibición de aplicar este beneficio a los reincidentes. Sin embargo como se analizará en los siguientes apartados existen razones jurídicas, doctrinarias e incluso jurisprudenciales que permiten probar su razonabilidad y ajuste a las normas constitucionales vigentes, tal como adelantamos algunos párrafos antes.

Ahora bien, en cuanto a la aplicabilidad del artículo 14 debemos respaldarnos necesariamente en la jurisprudencia a fin de tener un panorama más certero sobre su aplicación a reincidentes y de las objeciones que se han formulado. Estas objeciones se sustentaron en la violación del principio *non bis in idem*, al principio de igualdad, el principio de inocencia y el fin de reintegración de la pena privativa de la libertad.

En cuanto a la violación del principio del *non bis in idem*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó en el fallo “L’Eveque”:

Que el principio *non bis in idem*, 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 ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal¹⁶.

En cuanto a la consideración de la libertad condicional como un derecho del condenado, y en caso de negárselo al reincidente su oposición al principio de igualdad, nuestro máximo tribunal tiene dicho:

Que la garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupos de personas aunque su fundamento sea opinable [...]

Que el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le

¹⁶C.S.J.N., “L’Eveque, R. R. s/ Recurso Extraordinario”, Fallos 311:1451 (1988), consid. 7.

ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso¹⁷.

Finalmente, en cuanto el principio de inocencia y el fin de reintegración de la pena privativa de la libertad, en la causa “Actis” la Cámara Nacional de Casación Penal dijo:

En tanto la pena debe establecerse según la medida del injusto, las condenas anteriores no permiten aumentarla por encima de la medida del injusto realizado en la ejecución del hecho. La prohibición legal del art. 14 C.P. reposa en consideraciones preventivas y de modo predominante, aunque no exclusivo, en consideraciones preventivo-especiales y es la medida de la pena establecida en el marco de la única escala penal aplicable en cada caso, escala que no depende de la existencia de reincidencia, la que debe adecuarse al criterio de responsabilidad por el hecho punible. La exclusión de la libertad condicional en caso de reincidencia no se vincula con un juicio o presunción de mayor peligrosidad, la pena no se impone a un inocente sino a un culpable, y a lo sumo, hasta la medida de su culpabilidad por el hecho. [...] Deben rechazarse los agravios relativos a la incompatibilidad de la norma con los fines de la pena establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos y a la frustración del fin de reintegración si el recurso carece de fundamentación¹⁸.

Sin embargo, y debido a la compleja relación que vincula el instituto de la reincidencia con el de la libertad condicional, consideramos útil efectuar una división para situar e individualizar dos etapas en torno al vínculo que puede establecerse entre delito, el delincuente y la pena, y que se concreta en etapas jurídico-procesales, que han sido específicamente reguladas por la ley. Siguiendo al Dr. Fontán Balestra (1998), tenemos que en primer lugar aparece la “relación delito - pena”, la cual se hace jurídicamente efectiva a través del Derecho Penal, atento a que son las leyes penales las encargadas de fijar pena al delito o, en determinados casos, medidas de seguridad, como

¹⁷C.S.J.N., “L’Eveque, R. R. s/ Recurso Extraordinario”, Fallos 311:1451 (1988), consid. 8 y 9.

¹⁸CNCP Sala II, “Actis, M. A. s/ Recurso de inconstitucionalidad”, Reg. 17892.2 (2011).

consecuencia del hecho típicamente antijurídico. En el segundo término, aparece la denominada “relación delinciente - pena”, la cual no está destinada al delito, sino al propio delinciente, dando lugar a la responsabilidad penal. La concreción de la misma se verifica al tiempo de que el magistrado interviniente individualiza la pena. Una vez determinada la pena se procede al cumplimiento de la misma, es decir aparece la otra última fase de la ya referida “relación delinciente - pena”, que no es ni más ni menos que la ejecución penal (Fontan Balestra, 1998).

Una vez analizadas las fases del párrafo anterior se puede identificar claramente cuál es el ámbito de aplicación, en la relación jurídico penal, de cada uno de los institutos analizados en este apartado. En la primera parte de la relación delinciente - pena, es decir la destinada a la individualización de la pena, es donde resulta operativa la reincidencia, es decir el artículo 50 del Código Penal Argentino. En la segunda parte de la relación delinciente - pena, es decir el destinado a la ejecución de la pena, es en donde resulta plenamente operativo el instituto de la libertad condicional. La vinculación aparece cuando existe la declaración reincidencia en la primera parte de la relación. Declarada la reincidencia, la cuestión se traslada a la etapa de ejecución penal, y trae aparejada como única consecuencia, de tipo normativa, que el condenado declarado reincidente, debe dar cumplimiento íntegro a su sanción penal privativa de la libertad. Nada más que eso puesto que se trata, en esencia, del impedimento para obtener un beneficio que la ley sólo reserva a quienes, además de cumplir con una serie de requisitos, no han sido declarados reincidentes. Se interpreta, entonces, que por lo tanto no han manifestado, mediante su recaída delictiva, una aversión a la respuesta coactiva estatal frente a su actuar ilícito, como es la pena. Como se observa, en ningún momento la declaración de la reincidencia trajo aparejada en la ejecución penal un agravamiento de la pena ya que la misma ha sido establecida e individualizada en la primera fase de la relación. La declaración sólo es tomada como un dato objetivo y formal, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario.

A la luz de la jurisprudencia y del análisis realizado anteriormente respecto al artículo 14, para lo fines de nuestro trabajo, resulta no solamente constitucional sino que efectivamente aplicable el actual régimen de libertad condicional. Por lo tanto creemos que, como dicta la norma, el beneficio de la libertad condicional no es aplicable a los reincidentes y por lo tanto para nuestro derecho interno, la norma resulta formal y materialmente operativa.

3.2. Análisis crítico de la normativa.

Habiéndose apoyado, en el primer apartado, en la jurisprudencia para justificar la operatividad plena del artículo 14 del Código Penal Argentino, y habiendo explicado la relación de este instituto de la libertad condicional con respecto a la reincidencia, resulta útil ahora analizar los aportes de la doctrina para realizar las críticas al mencionado artículo, haciendo especial referencia a la mencionada relación. Para ello al igual que se hizo en el capítulo anterior se ha organizado la doctrina en el tema, en teorías a favor de la constitucionalidad del mencionado artículo 14 y teorías que sostienen su inconstitucionalidad y por consiguiente la no operatividad. Lo dicho anteriormente, no debe interpretarse como una renuncia expresa a la jurisprudencia en este apartado, ya que de ser necesario se citará, sino que lo prioritario serán los aportes doctrinarios que los autores han realizado en materia de reincidencia y libertad condicional.

Pero para ordenar el siguiente análisis es necesario mencionar que las principales teorías se centran en defender o atacar la constitucionalidad de la prohibición del artículo 14, a partir de los principios constitucionales del *non bis in idem*, principio de culpabilidad, principio de igualdad y de la finalidad de la pena. El debate doctrinario entonces se desarrollará en torno ellos y si el mencionado artículo es violatorio o no, de esos principios fundamentales consagrados en la constitución nacional.

3.2.1. Teorías a favor.

Este apartado comenzará analizando el principio *non bis in idem*, y se realizará siguiendo la teoría de Daniel Cesano, que menciona:

La disposición analizada, no vulnera la garantía constitucional bajo análisis. Y decimos esto por cuanto, el *non bis in idem* prohíbe condenar por el mismo hecho pero no tomar en cuenta la anterior condena como dato objetivo para ajustar el tratamiento penitenciario adecuado al que cometiere una nueva infracción delictual (...) las

objeciones a este instituto se derivan de la tensión que causa con el principio del Derecho Penal de acto (Cesano, 2008, p. 100)

En cuanto al principio de igualdad, es necesario tener presente que en qué consiste la igualdad regulada en nuestra ley superior, pero siempre desde la perspectiva del sistema normativo. De tal modo, y sin entrar en mayores análisis que superen los límites del presente trabajo, vemos que dicha garantía constitucional no debe entenderse como un mandato impuesto a los gobernantes a fin que dispensen, a través de los actos que son de su competencia, un trato exactamente igual para todos, en cualquier circunstancia en la que nos encontremos. La mejor interpretación y correcta observancia del mismo, siguiendo los principios liberales y del estado de derecho, nos imponen un significado concreto, la igualdad entendida como “iguales en iguales circunstancias”, atento a que, siendo todos los individuos iguales ante la ley, y habiendo establecido las mismas normas, en forma válida y legítima, categorías y niveles, podemos resolver el mencionado cuestionamiento, una vez más, mediante la observancia y cumplimiento de la normas. Y por ende, si en ellas se establecen dos categorías, las mismas deben ser respetadas. Por ello la doctrina entiende que frente al beneficio de la libertad condicional, nos encontramos ante sujetos que aparecen comprendidos en circunstancias distintas. Están, por un lado, aquellos que sufren su primer condena a pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo, a quienes la ley les permite acceder a este beneficio de cumplir en libertad su último período de condena; y, por otro muy distinto, aparecen quienes han sido declarados reincidentes, a los cuales les aparece vedada dicha posibilidad. Dos categorías de individuos, respecto de los cuales, garantizar la igualdad, supone necesariamente dispensar un trato diferencial, con arreglo a la categoría en la que se encuentren. Así lo entendió la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, que en la oportunidad de analizar la constitucionalidad del mencionado ordenamiento, dijo:

El Estado reglamenta de manera heterogénea situaciones diversas. La ley 24.660, prevé un régimen diferente para quien resulta reincidente, pero repárese al respecto, en que la vocación de resocializar al condenado conserva su atingencia tanto con la posibilidad de un indulto como con la del sometimiento del interno

al régimen de salidas transitorias o de semilibertad en los términos del art. 17, inc. b° de la ley 24.660¹⁹.

En este fallo del máximo tribunal mendocino, los magistrados de la Sala II, dejan en claro que la norma analizada no resulta contraria a la Constitución Nacional, ni conculca el principio de igualdad, como tampoco la reincidencia resulta violatorio de ese principio constitucional.

En cuanto al principio de culpabilidad, es necesario remarcar que la disposición del artículo 14 en cuestión, sólo se refiere al modo de ejecución de la pena fijada en relación al marco de un injusto cuya culpabilidad no sufre modificaciones. Por ello debe mencionarse que el modo de ejecución no está condicionado por el principio de culpabilidad por el hecho. El modo concreto de ejecución de las penas privativas de la libertad se halla guiado por criterios preventivos especiales. Estos criterios de la prevención especial no van dirigidos al conjunto de la sociedad, sino a aquellos que ya han vulnerado el ordenamiento jurídico, en el caso que analizamos están especialmente dirigidos a los reincidentes. Pero además estos criterios, no sólo están en el mencionado artículo 14, sino que también se encuentran presentes en los artículos 13, 15, 26, 27 y 27 bis del Código Penal Argentino. Y en ninguno de estos supuestos se pondera, ni mucho menos, se aumenta, el reproche de culpabilidad fijado en el momento de la determinación de la pena y conforme al principio de la responsabilidad por el hecho. En otras palabras, el artículo 14 no afecta el principio de la culpabilidad del acto (Munilla Lacasa, 2015). Son valoraciones preventivo especiales las que permiten fundar la efectiva ejecución del resto de la pena impuesta al condenado reincidente.

3.2.2. Teorías críticas.

Comenzaremos este apartado, al igual que anterior haciendo referencia a la violación del principio *non bis in idem*, la doctrina afirma que: “priva del derecho a un condenado en razón de un hecho por el que ha sido juzgado” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005), donde la reincidencia agrava la pena del segundo hecho sobre la base de un hecho anterior ya juzgado. Esta teoría se suele apoyar en los principios liberales del

¹⁹C.S. J. Mendoza Sala II, “Sevilla Gómez, A. O. s/ inconstitucionalidad” (2009), consid. 2.

derecho penal, para ello se recurre frecuentemente a los códigos penales toscanos del siglo XVIII, así lo hace el Dr. Alejandro Slokar en su voto en la causa “Rearte”:

En su sabio artículo 57 establecía que agotada la pena no podrán ser considerados infames para cualquier efecto ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la pena que habrán sufrido²⁰.

El Dr. Alejandro Slokar, al igual que otros ilustres doctrinarios enrolados en estas teorías, sostiene en el fallo citado que mediante la declaración del estado de reincidente, se afecta directa e indudablemente el principio de la doble punición o *non bis in idem*, manifestando que “...el plus de pena que se impone al segundo delito lo es en razón del primero, o sea, de un delito que se ha juzgado y penado...”.

Estas doctrinas, también sostienen también que el mencionado artículo 14, es violatorio del principio de culpabilidad, ya que la declaración de reincidencia produce directamente el agravamiento de la pena. En este sentido se expresa el Dr. Julio Maier diciendo:

(...) no se reprime más gravemente porque se ha perpetrado una infracción más grave, o por un conocimiento superior sobre la antijuridicidad del hecho, mayor reproche como consecuencia de una mayor intensidad delictiva, sino únicamente porque se responde a un autor específico, a alguien que de antemano se `etiqueta´ genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho (Maier, 2004, p. 644).

Por su parte Donna e Iuvano nos dicen: “...en el mismo sentido, se sostiene que al agravarse la pena por la declaración de reincidencia, aparece la idea de que no se castiga el acto del hombre, sino la vida del hombre” (Donna e Iuvano, 1984, p. 72).

Esta teoría también sostenida por el Dr. Alejandro Slokar, que en el ya mencionado fallo Rearte, dice:

²⁰CFCP Sala II, “Rearte, M. G. s/ Recurso de casación”, Reg. 19.569 (2011), consid. 2.

El instituto de la reincidencia, entendido como agravante de la pena a la vez de impedimento para la concesión de la libertad condicional aparece sostenido desde siempre en distintos criterios que nunca pudieron sortear los obstáculos impuestos por los principios básicos de culpabilidad por el acto y de prohibición de la doble punición, a los que deben sumarse el principio de humanidad y proporcionalidad mínima²¹.

Esta opinión doctrinaria, sostiene que la imposibilidad legal de acceder a la libertad condicional, no puede ser sustentada en principios preventivos especiales, ya que obliga a pensar que el reincidente es más peligroso que no reincidente. La declaración de reincidencia, a los efectos de la pena más grave, pone en evidencia su peligrosidad, lo que es repugnante, según creen estos autores, a los principios constitucionales e internacionales hoy vigentes. En esta línea se expresó la Corte Suprema Justicia de la Nación:

La Constitución, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona del artículo 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; no debe pensarse la personalidad sino la conducta lesiva. La Constitución de un estado constitucional de derecho no puede admitir que ese estado se arrogue la potestad sobrehumana de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización. Sólo un estado totalitario, que pretenda asumir una función juzgadora en aberrantes términos idolátricos, que aspire a homogeneizar a sus habitantes, puede postular que sus tribunales no juzguen delitos, sino que, en una suerte de anticipación de Juicio Final, juzguen existencias humanas. Esto no lo puede hacer un Estado que parte del principio republicano de gobierno y que se proclama un Estado constitucional de derecho, sea que quien pretenda hacerlo en ese contexto intente racionalizarlo por la vía del reproche de culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o,

²¹CFCP Sala II, “Rearte, M. G. s/ Recurso de casación”, Reg. 19.569 (2011), consid. 1.

si se prefiere, por la de la pena o por la de la medida de seguridad... la peligrosidad, tal como se la menciona corrientemente en el derecho penal, ni siquiera tiene esta base científica, o sea, que es un juicio subjetivo de valor de carácter arbitrario²².

Esta crítica sobre el cumplimiento total de la pena privativa de la libertad para el declarado reincidente, en razón de su mayor peligrosidad, es respaldada internacionalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma sostuvo en su oportunidad:

Constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía... En consecuencia, la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención²³.

En cuanto a la finalidad de la pena, algunos autores sostienen que el mencionado artículo 14, es contrario a los fines establecidos por nuestra Constitución Nacional a los efectos de lograr la reinserción social y el menor deterioro por la misma. Siguiendo a Alderete Lobo (2007), entiende que la libertad condicional sólo puede ser considerada como instituto que tiene como fundamento hacer efectiva la obligación, inherente al Estado, de garantizar que las penas privativas de la libertad posean el menor efecto desocializador y deteriorante posible, por lo que su implementación en el ordenamiento penal no es facultad discrecional del legislador sino que es un mandato constitucional. Además, entiende que:

La norma fundamental no admite diferencias en cuanto a la finalidad de la ejecución penal que debe alcanzar tanto al primario

²²C.S.J.N., “Gramajo, M. E. s/ Robo en grado de tentativa”, Fallos 329:3680 (2006), consid. 18.

²³Corte I.D.H., Sentencia Fermín Ramírez, del 20 de junio de 2005, Serie C, N° 126, consid. 94.

como al reincidente. Así la negativa al acceso de la libertad condicional por reincidencia no resulta una limitación que se apoye en la actividad desarrollada por el condenado durante el cumplimiento de su pena y recorta, sin argumento válido alguno, las posibilidades de una mejor y adecuada reinserción a través de un período de libertad antes del agotamiento de la pena. (Alderete Lobo, 2007. p 179.)

La normativa constitucional tiene previsto en forma expresa que la finalidad principal de las penas que conllevan privación de la libertad y el tratamiento que recibe el condenado alojado en establecimientos penitenciarios es la readaptación social de dicha persona penada. Para ello se toma como fundamento tanto el artículo 18 de la Constitución Nacional como los artículos 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La jurisprudencia no se ha desentendido de los posibles efectos negativos de la pena de prisión. En este sentido se expresó la Cámara de Apelaciones de Rosario, cuando confirmó el fallo del Juzgado de Ejecución Penal de Rosario, el que a su vez había sentenciado que:

(...) teniendo en cuenta la progresiva, sostenida y demostrada evolución del penado, que le ha permitido contar actualmente con diversos regímenes de egresos los cuales evidencian su responsabilidad ante las obligaciones asumidas; y considerando que una aplicación lisa y llana del art. 14 C.P. implicaría una solución irrazonable y desproporcionada, siendo contraria (conforme a la C.N. y Tratados con igual jerarquía) al fin de la pena efectiva de prisión, corresponde declarar la inaplicabilidad del art. 14 CP otorgando en consecuencia la libertad condicional por considerar que se dan los requisitos pautados por el art. 13 de la ley sustantiva (...)²⁴.

Los doctrinarios citados y la jurisprudencia referenciada concluyen en considerar que la negativa prevista en el artículo 14 del Código Penal Argentino, constituye una norma discriminatoria que no encuentra fundamento válido constitucionalmente, por ende debe ser considerada como no escrita.

²⁴Cám. de Apel. Penales de Rosario Sala I, “Radaelli, O”, Res. 311 (2010).

Como se pudo apreciar la mayoría de las teorías en contra parecen desconocer que la relación entre la reincidencia y la libertad condicional, no opera en el momento de la determinación de la pena, es decir no afecta el principio de culpabilidad, ni el principio de la doble punición, ya que la pena establecida no es modificada en la ejecución. Y es precisamente en ese momento, es decir en la ejecución penal, es decir de la pena privativa de la libertad, en donde ambos institutos se relacionan. Representando para el condenado reincidente, la única consecuencia de que la pena privativa de la libertad, deberá ser cumplida en su totalidad. Este modo de ejecución esta impuesto desde los fines de la prevención especial, postura asumida por la moderna doctrina penitenciaria, que busca por sobre todas las cosas la resocialización, como principio rector de cualquier sistema penitenciario.

Conclusiones parciales.

En este capítulo se ha intentado poder desarrollar completamente la relación existente entre el instituto de la reincidencia y el de la libertad condicional. Para ellos hemos delimitado los alcances de cada uno, para poder determinar con exactitud en que momento de la relación jurídico-penal, estos dos institutos se relacionan. Y como se pudo observar es durante la ejecución penal, en donde estos institutos cobran importancia, ya que la declaración de reincidencia, determina que el modo de ejecución de la pena privativa de libertad, sea purgada completamente en condiciones de encierro penitenciario.

Esta determinación, es muy importante para los fines de nuestro trabajo, ya que separar en etapas la relación jurídico-penal, permite visualizar claramente que principios constitucionales y fundamentales, regulan cada una de esas etapas. Individualizar la etapa precisa en donde la relación entre ambos institutos se torna efectiva, es fundamental, ya que permite responder a las críticas sobre su constitucionalidad. El establecer que el mencionado artículo 14, sólo se refiere al modo de ejecución de la pena, y no a su determinación en sí, permite negar que el mismo no sea violatorio del principio de culpabilidad y por supuesto dentro de un claro derecho penal de acto. Que el instituto pertenezca a la ejecución penal exime al mismo de ser analizados desde el

punto de vista de la responsabilidad por el hecho cometido y por ende no puede resultar violatorio del principio de culpabilidad.

De la situación anterior, se desprende que el mismo, no es violatorio del principio *non bis in idem*, ya que en lo que atañe al artículo en análisis, no implica un nuevo juzgamiento o agravamiento de la condena sino que establece una modalidad de ejecución penal.

En cuanto al principio de igualdad, se ha visto que el mismo debe ser interpretado como igualdad en igualdad de situación y circunstancia, por lo tanto el reincidente es tratado de acuerdo a su situación y circunstancia particular, y las mismas son establecidas específicamente por las normas penales.

En cuanto a los fines de la pena, la finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad, es la reinserción social de la persona condenada y a esos fines, el régimen penitenciario debe ofertar a la misma un tratamiento técnico interdisciplinario. Y como se dijo anteriormente este instituto está justificado, en criterios preventivos especiales, hoy ampliamente reconocidos por las doctrinas penitenciarias, cuyo principal objetivo de esta clase de prevención será evitar que aquel que ya haya cometido un acto ilícito vuelva a tener tal actitud en el futuro. Debido al fracaso de objetivo principal en la primera condena, el legislador entiende que es necesario profundizar el tratamiento técnico interdisciplinario y que el mismo debe administrarse cumpliendo la totalidad de la condena privativa de la libertad en condiciones de encierro.

Como se ha visto la doctrina ha elaborado una serie de teorías críticas sobre la constitucionalidad sobre la aplicación del artículo 14 y por ende de la reincidencia, pero todas ellas poseen algunos equívocos, al generalizar la relación de estos institutos y considerarla como un todo, sin detenerse a realizar un análisis más detallado sobre la misma. En este capítulo se intentó no incurrir en el mismo equívoco y demostrar que realizando un verdadero análisis estructural de los mismos, podemos concluir que los mismos no solamente son constitucionales, sino que deben continuar siendo aplicables en nuestro derecho interno.



Capítulo 4

Recepción jurisprudencial de la reincidencia y su relación con otros institutos

Introducción

En este último capítulo del trabajo de investigación, se pretende realizar el análisis específico de la recepción jurisprudencial más importante que el instituto de la reincidencia ha tenido durante estos últimos años. Si bien a lo largo de los capítulos se ha trabajado con algunos fallos señeros que receptan al instituto y sus articulaciones legales, será en este capítulo en donde se analizarán detalladamente las doctrinas jurisprudenciales sobre el tema, analizando específicamente tres fallos, los dos primeros emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el último de la Cámara Federal de Casación Penal. Los mismos han sido seleccionados ya que en ellos se desarrollan las doctrinas jurisprudenciales más importantes, tanto a favor como en contra de la constitucionalidad de la reincidencia. Por una cuestión de orden metodológico, serán analizados en orden cronológico.

Sin embargo es importante destacar, que si bien se realizará un análisis específico de estas sentencias, no se renunciará en el desarrollo de cada uno a la incorporación de otros argumentos jurisprudenciales que ayuden a la comprensión de las doctrinas o que confirmen algunas de los argumentos emitidos en las doctrinas desarrolladas en los mismos. Habiendo aclarado este punto importante, que ayudará a la comprensión e interpretación del siguiente capítulo, se comenzará con su desarrollo.

4.1. El valioso antecedente “L’Eveque” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1988).

En este importante fallo la Corte Suprema de Justicia de la Nación declara procedente el recurso extraordinario, ya que se ha puesto en tela de juicio la validez de artículo 14 del Código Penal y que la sentencia apelada es contraria a esa validez. La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, había declarado inconstitucional el artículo 14 del Condigo Penal Argentino, concediendo al condenado la libertad condicional que prevé el artículo 13 del mismo ordenamiento. El pronunciamiento de la Sala VI establecía:

Que el artículo en cuestión, al disponer que la libertad condicional no podrá ser concedida a los reincidentes, determina una pena de mayor entidad, pues su ejecución resulta más gravosa por la completa privación de libertad del sujeto durante todo el tiempo de la condena. Y como, a su entender, esa mayor pena reconoce como único fundamento en el hecho delictivo anterior, ya juzgado en definitiva, advierte una transgresión al principio de *non bis in idem* que convierte al artículo 14 en inconstitucional. [...] Que la disposición aludida vulnera el artículo 16 de la Constitución Nacional, porque consagra una desigualdad de tratamiento entre aquellos a los que la ley califica de reincidentes y los que carecen de dicha condición²⁵.

Como observamos los magistrados consideraron al artículo 14 inconstitucional por oponerse al principio *non bis in idem* y por vulnerar el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Pero además la Sala VI cuestiona en su fallo los argumentos fundados en razones de política criminal que, a su juicio, justifican el tratamiento diferenciado entre reincidentes y los que no lo son. Sostienen que la norma impugnada se ocupa de individualizar como pena a la pérdida de la posibilidad de obtener la libertad en forma anticipada y tomando como fundamento la personalidad del condenado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en aquellos años integrada por los magistrados Dres. Caballero, Petracchi, Fayt, Belluscio y Bacqué, dijo sobre la primera cuestión:

Que el principio *non bis in idem*, 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 ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal [...] A lo que cabe añadir que la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido

²⁵C.S.J.N., “L’Eveque, R. R. s/ Recurso Extraordinario”, Fallos 311:1451 (1988), consid. 2.

condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito²⁶.

Sobre la vulneración al principio de igualdad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, los magistrados dijeron que dicho principio no obsta a que la normativa pueda diferenciar situaciones que tengan en su esencia una caracterización especial o diferente una de otras. El límite para ello es que la discriminación no tenga fundamentos arbitrarios ni sirva como herramienta de persecución para algunos grupos o de privilegio para otros.

Y en cuanto a la justificación del instituto de la reincidencia del artículo 50, y su directa articulación con el artículo 14, los magistrados entendieron:

Que el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso²⁷.

Como se puede observar en este clásico fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende con absoluta claridad y lucidez interpretativa que tanto el instituto de la reincidencia y su vinculación legal con la libertad condicional son constitucionales. El máximo tribunal afirma que de ningún modo violan el principio de igualdad, en los términos establecidos en nuestra Constitución Nacional, ni tampoco se oponen al principio *non bis in idem*, principio rector del derecho penal liberal, vigente en nuestro país. Además sostiene la tesis, como la mayoría de los autores mencionados en los capítulos precedentes, de que los legisladores están facultados para establecer diferencias razonables y consecuencias lógicas para ellas, de acuerdo a los fines y objetivos políticos criminales, que crean conveniente para cada caso. Consideramos

²⁶C.S.J.N., “L’Eveque, R. R. s/ Recurso Extraordinario”, Fallos 311:1451 (1988), consid. 7.

²⁷C.S.J.N., “L’Eveque, R. R. s/ Recurso Extraordinario”, Fallos 311:1451 (1988), consid. 9.

correcta esta postura, toda vez que un trato igualitario para situaciones diferentes sí sería violatorio de la igualdad, ya que entonces recibiría igual beneficio quien es reincidente y quien no lo es, situación injusta para el segundo de ellos, a nuestro parecer. Este fallo sienta un precedente muy importante que serán utilizados para las argumentaciones en los siguientes fallos que analizaremos en los apartados siguientes, es por ello que decidimos seleccionarlo, pese a su antigüedad, esto debido a su importancia jurisprudencial.

Esta Doctrina L'Eveque, se ve reflejada, como ya dijimos, en diversos fallos pero queremos destacar la opinión de la mayoría, que siguió al voto de la Dra. María del Carmen Argibay, en el Caso Maciel. En dicha sentencia la magistrada dijo:

Fijado de tal modo el marco de decisión, debe puntualizarse que la circunstancia agravante en estudio no se funda en un dato antojadizo e inconexo o en una característica inherente de la personalidad, sino que, por el contrario, reposa sobre un extremo fáctico que está directamente vinculado con el comportamiento ilícito de portar un arma sin autorización.

Tomando en cuenta dicha circunstancia, y partiendo lógicamente de un juicio ex ante, es constitucionalmente admisible establecer una diferencia valorativa entre el comportamiento de quien porta ilegítimamente un arma sin registrar antecedentes condenatorios de aquel que, además de incurrir en el tipo básico, registra condenas por haber cometido delitos dolosos con el uso de armas o contra la vida o integridad física de los demás. (...)

En estrecha vinculación con la cuestión que aquí se trata se encuentra el instituto de la reincidencia, pues también presupone un agravamiento de la pena -por la imposibilidad de obtener la libertad condicional- para quien es sancionado criminalmente y registrare una condena previa (artículos 14 y 50 del Código Penal). La validez constitucional de este instituto fue declarada por esta Corte federal hace más de dos décadas (Fallos: 311:552 y 1451, causa L'Eveque), ocasión en la que se afirmó que haber sido condenado en una oportunidad anterior implica un mayor grado de culpabilidad por el desprecio que se manifiesta frente a

la eventualidad de un nuevo reproche penal. Esos argumentos admiten ser trasladados a este caso (...) ²⁸.

Como comentario final al fallo en análisis en este apartado, puede concluirse que el principal argumento esgrimido para defender la constitucionalidad del instituto de la reincidencia y su aplicación a casos de negación de libertad condicional radica en el desprecio que la segunda conducta ilícita demuestra en el autor previamente condenado. Coincidimos con la posición jurisprudencial, y que también es sostenida por un sector de la doctrina tal como se señaló en el capítulo anterior, y consideramos que el hecho de negarle valoración a esta actitud reincidente redundaría en una injusticia y una violación al principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional. Afirmamos esto porque en caso de despreciar el antecedente penal y tratar en forma igualitaria a quienes se encuentran en una situación disímil violaría el principio de igualdad que garantiza la Carta Magna.

4.2. Un cambio de paradigma en materia de reincidencia: Caso Gramajo (CSJN, 2006).

Este importante caso que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, compuesta por los magistrados Patracchi, Fayt, Lorenzetti, Hightong de Nolasco, Zaffaroni, Argibay y Maqueda, debió resolver versa sobre la constitucionalidad del artículo 52 del Código Penal Argentino, que reza:

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.

²⁸C.S.J.N., “Maciel, M. F. s/ Recurso de Inconstitucionalidad”, Fallos 336:52 (2013), consid. 8 y 9.

Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.

Como se observa aquí este es el instituto, es mejor conocido como “multirreincidencia”, y al igual que el instituto principal de este capítulo, el de la reincidencia, ha sido cuestionado en reiteradas oportunidades en lo referido a su constitucionalidad. Sin embargo como veremos en algunas opiniones particulares de este importante fallo, aquí sólo se habla sobre la inconstitucionalidad del artículo 52 del Código, pero no así de la del artículo 50, cuya validez y constitucionalidad ya ha sido verificada en otros pronunciamientos del máximo tribunal federal.

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Ciudad de Buenos Aires condenó a Marcelo Eduardo Gramajo, a la pena de dos años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa, y declarándolo reincidente de acuerdo a los artículos 42, 45, 164 y 50 del Código Penal de la Nación. También en ese mismo pronunciamiento, declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 del Código Penal, sobre cuya base el fiscal de juicio había solicitado que se aplicara al penado la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado.

Que el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso, contra esta decisión, recurso de inconstitucionalidad ante la Cámara Nacional de Casación Penal, en el que sostuvo que la interpretación del artículo 52 efectuada por los integrantes del tribunal oral resultaba errónea, pues dicha norma no es contraria a la Constitución Nacional, razón por la cual correspondía su aplicación al caso y dicha aplicación era válida. Por su parte, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, hizo lugar al recurso del fiscal, casó la sentencia en cuestión, resolvió declarar la constitucionalidad del artículo 52 del Código Penal, y le impuso a Gramajo la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, dejando en consecuencia sin efecto el pronunciamiento apelado en lo que respecta a este punto. Debido a eso, la defensa oficial del condenado dedujo recurso extraordinario el cual fue denegado, originando la presentación directa que llevó al fallo.

Una de las argumentaciones de la Sala III de la CNCP, fue el argumento de peligrosidad del condenado, y la necesidad de establecer una pena accesoria, definida separadamente como una medida de seguridad. En sentido contrario a la Cámara, la

Corte Suprema de Justicia de la Nación acepta la idea de que la multirreincidencia es una pena, y rechaza que sea una medida de seguridad fundada en la peligrosidad del agente. Pero la opinión de la Corte Suprema no se agota allí, sino que se esfuerza por definir qué se entiende por “peligrosidad”, y que es muy importante ya que se habla de ella para argumentar este y otros institutos relacionados. Esta definición y la consiguiente posición del máximo tribunal se encuentra a partir del considerando 23 del fallo:

Que la peligrosidad, referida a una persona, es un concepto basado en un cálculo de probabilidades acerca del futuro comportamiento de ésta. Dicho cálculo, para considerarse correctamente elaborado, debería basarse en datos estadísticos, o sea, en ley de grandes números. (...) Las medidas penales, se las llame penas o como quiera denominarlas el legislador, la doctrina o la jurisprudencia, siempre se imponen a una persona y, por ende, frente a un caso individual. Nunca podría saberse por anticipado si con la reclusión habrá de evitarse o no un futuro delito, que a ese momento no sólo todavía no se habría ni siquiera tentado, sino que, tal vez nunca se llegaría a cometer. (...) En consecuencia, no puede sostenerse seriamente que se autorice a un estado de derecho para que imponga penas o prive de libertad a una persona con independencia del *nomen juris* que el legislador, la doctrina o la jurisprudencia eligiera darle al mecanismo utilizado para ello, sobre la base de una mera probabilidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual.

Que no obstante, debe advertirse que lo anterior está dicho en el supuesto de que la valoración de la probabilidad se asentase en investigaciones de campo, serias y científicas que, como es sabido, no existen. Cuando se maneja el concepto de peligrosidad en el derecho penal, se lo hace sin esa base, o sea, como juicio subjetivo de valor del juez o del doctrinario, con lo cual resulta un concepto vacío de contenido verificable, o sea, de seriedad científica. De este modo, resulta directamente un criterio arbitrario inverificable. En síntesis: la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza

de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal.

En consecuencia, mediante la previsión contenida en el art. 52 del Código Penal se declararía un individuo, en razón de sus múltiples reincidencias, como un ser humano peligroso, pero no porque se hubiera verificado previamente su peligrosidad, sino simplemente porque se lo considera fuera del derecho, como un enemigo al que resulta conveniente contener encerrándolo por tiempo indeterminado²⁹.

Como vemos la Corte Suprema, en correspondencia con los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, rechaza como argumentación jurídica compatible con el ordenamiento constitucional argentino, a la peligrosidad del agente. Esto es muy importante para el instituto en análisis ya que como se observó en el fallo anterior, la reincidencia prevista en el artículo 50, no se sostiene jurídicamente en la peligrosidad del agente sino en el mayor grado de culpabilidad del mismo. Así lo entiende y lo reafirma según su voto, el Dr. Petracchi, quien aporta una distinción entre las dos concepciones que se pueden tener de la reincidencia: en el marco del artículo 41 como reflejo de una mayor culpabilidad y en el marco del artículo 14 como dato que permite la denegatoria de una forma de ejecución penal atenuada (la libertad condicional). En este último caso, el cumplimiento de la pena privativa de la libertad se debe a la culpabilidad por el hecho del condenado y no más allá de ella, es decir, si no hubiese delinquido nuevamente, no cumpliría una nueva pena. La reincidencia simplemente influye como “ajuste” del tratamiento carcelario que no incluirá la libertad condicional. Sin embargo, para Petracchi, con la medida del artículo 52 se responde al dato de las múltiples condenas anteriores como si se tratara de una “culpabilidad excedente”. Y se lo hace con la posibilidad de que se decrete el encierro perpetuo, lo que carece de sustento normativo y con prescindencia de la gravedad de los hechos cometidos, lo que además viola la regla de la proporcionalidad. Consideramos acertada y valiosa la opinión del juez Petracchi, pero no porque conduzca a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 52, sino porque revaloriza a los artículos 41 y 14 y a la

²⁹C.S.J.N., “Gramajo, M. E. s/ Robo en grado de tentativa”, Fallos 329:3680 (2006), consid. 23, 24 y 26.

reincidencia como instituto del sistema penal argentino. No es objeto de este trabajo el análisis de la declaración de multirreincidencia y de la reclusión por tiempo indeterminado que prevé el artículo 52, pero el voto de Petracchi deja en claro que si la referida multirreincidencia es inconstitucional, no lo es la reincidencia simple.

Como se observa y habíamos anticipado anteriormente, la inconstitucionalidad del artículo 52 del Código Penal Argentino, desde ningún punto de vista jurídico objetivo puede ser trasladada a la reincidencia simple, ya que en ningún momento la reincidencia hace algún reproche sobre la “conducción de vida” del agente o mucho menos recae su análisis sobre su “peligrosidad”. Aclarado este punto importante, podemos entonces concluir, siguiendo la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en que el instituto de la multirreincidencia resulta inconstitucional.

(...) por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas de manera expresa o por derivación, en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el art. 75, inc. 22 de nuestra ley fundamental³⁰.

Como se ha analizado anteriormente en este importante fallo no sólo se declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 del Código Penal Argentino, sino que se reafirma la validez y vigencia de la reincidencia simple, despejando toda intención de hacer extensiva la declaración también al mencionado artículo 50. Como se vio la multirreincidencia no está fundada en criterios constitucionales de culpabilidad, igualdad u objetivos políticos criminales, como sí está fundada la reincidencia simple. Para despejar todo tipo dudas al respecto utilizaremos los argumentos del Dr. Petrachi, en su voto:

³⁰C.S.J.N., “Gramajo, M. E. s/ Robo en grado de tentativa”, Fallos 329:3680 (2006), consid. 32.

Que esa mayor culpabilidad, sin embargo, no es, ni podría ser, la que da fundamento a la reclusión que se aplica a los multirreincidentes. En efecto, y como ya se dijo, la accesoria se comienza a cumplir una vez que la condena por el hecho anterior ya fue cumplida. En consecuencia, la mayor culpabilidad derivada del desprecio por la anterior condena ya fue valorada al fijar la pena correspondiente al hecho concreto, cometido a pesar de la advertencia previa. Por lo tanto, esa culpabilidad anterior ya fue suficientemente retribuida y no podría ser nuevamente utilizada como argumento para fundar la reclusión accesoria, pues ello significaría violar la prohibición de doble valoración contenida en el principio *non bis in idem*³¹.

4.3. La doctrina del caso “Actis” de la Cámara Nacional de Casación Penal (2011).

Por último analizaremos un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el cual se vuelve a atacar la constitucionalidad del mencionado artículo 14 del Código Penal Argentino y por ende su vinculación jurídica con la del artículo 50, es decir la mencionada reincidencia simple. Se eligió este caso, que si bien es similar al primero, porque por la fecha en que es emitido los magistrados Dres. Guillermo Yacobucci, Luis García y Gustavo Mitchell, debieron responder a más cuestionamientos constitucionales, planteados por la defensa, que en el caso analizado en el primer apartado. Además, la doctrina jurisprudencial del Dr. García ha sido utilizada a lo largo de los demás capítulos precedentes y creímos oportuno también tenerlo en este capítulo destinado específicamente a la jurisprudencia.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Rosario, provincia de Santa Fe, que ejerce la función de Juez de Ejecución, resolvió no hacer lugar a la impugnación de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal argentino deducida por la defensa y, por aplicación de esa disposición, denegar la libertad condicional del condenado Miguel Ángel Actis, quien había sido declarado reincidente de acuerdo a las

³¹C.S.J.N., “Gramajo, M. E. s/ Robo en grado de tentativa”, Fallos 329:3680 (2006), voto del Dr. Petracchi, consid. 13.

disposiciones del artículo 50 del mismo ordenamiento. Contra esa decisión, interpuso recurso de casación la señora Defensora Pública Oficial que actúa ante ese tribunal que fue concedido y mantenido en esta instancia.

La Defensoría Oficial afirmó que el artículo 14 del Código Penal impide a los condenados reincidentes obtener la libertad condicional es inconstitucional por “resultar violatorio del sistema penal de acto, de la garantía *ne bis in idem*, del principio de culpabilidad como fundamento y como límite del ejercicio del *ius puniendi*, de los fines de la pena y del principio de reserva”, y que “trae aparejado un agravamiento en las condiciones de detención y en la modalidad de ejecución de la pena”. Además expresó que el derecho penal de acto se encuentra consagrado en los artículos 18 y 19 Constitución Nacional, mientras que “la reincidencia tiene como fundamento explícito la presunción de peligrosidad de aquel que habiendo cumplido una condena incurre en un nuevo delito. Sobre esa base, sostuvo que “la restricción establecida en el art. 14 del Código Penal constituye una intensificación de la respuesta punitiva a un modo de ser y no a acciones u omisiones”. Por último invocó los artículos 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³².

Debido a la importancia de las argumentaciones planteadas por la defensa trataremos a cada una de ellas, ya que las mismas permiten despejar toda duda sobre la constitucionalidad del instituto de la reincidencia y su vinculación con la libertad condicional. Sobre la alegación de que el artículo 14 del código penal argentino, afecta el principio de culpabilidad por el hecho y es incompatible con un sistema de responsabilidad por el acto, el Dr. García, dijo:

El carácter dañino del hecho, o el peligro de daño cuya ejecución acarrea, son a la vez el fundamento y el límite de la intervención estatal mediante la conminación y aplicación de una pena. Se pena porque la ejecución del hecho ha sido prohibida por su carácter dañino. En este marco, la culpabilidad no es un fundamento de la prohibición, sino una condición adicional a ésta, de modo que no puede haber una culpabilidad independiente del daño que el hecho causa, o cuyo peligro acarrea. De allí se infieren dos consecuencias: a) en general las

³²CFCP Sala II, “Actis, M. A. s/ Recurso de inconstitucionalidad”, Reg. 17892.2 (2011).

cualidades personales del agente no tienen relevancia para decidir la prohibición del hecho, ni para medir en abstracto la pena que corresponde al hecho prohibido, porque es el hecho y no el autor el que está en el fundamento de la prohibición y el alcance más o menos dañino del hecho lo que da la medida de la pena; b) la culpabilidad es una condición para la aplicación de la pena, pero cualquiera que sea la medida de la culpabilidad, la pena no puede superar la medida del injusto, o en otras palabras, del daño o peligro de daño prohibido por la ley penal bajo amenaza de pena, tal como ha sido realizado por el agente en la ejecución del hecho.

Sin embargo, el art. 50 C.P. no define cuál es el efecto de la existencia de reincidencia. La reincidencia es tomada en cuenta por la ley: a) en la medición de la pena (art. 41 C.P.); b) para la aplicación de una medida de reclusión por tiempo indeterminado adicional a la pena que corresponde al delito (art. 52 C.P.), y c) para la ejecución de la pena, en tanto no se concederá la libertad condicional a los reincidentes (art. 14 C.P.) CNCP. Sala II. Actis, Miguel Ángel s/recurso de inconstitucionalidad. (2011).

Unido a esto la defensa argumentó a la consideración de “las reincidencias” en la determinación de la medida de la pena, como un agravamiento y por ende una violación al principio de proporcionalidad, ante esto el Dr. García, dijo:

En síntesis, no se trata de que la conducción de vida del sujeto no pueda ser tomada en cuenta bajo ninguna circunstancia al momento de establecer la pena en el caso concreto, pues el art. 41, inc. b, C.P. indica tomar en cuenta “las reincidencias en que hubiere incurrido” el agente. Se trata de que la pena debe establecerse según la medida del injusto, y de que las condenas anteriores no permiten aumentar la pena en el caso concreto por encima de la medida del injusto realizado en la ejecución del hecho. Si se tomasen la reincidencias como criterio de agravación en el momento de medición de la pena, se afectaría el principio de culpabilidad por el hecho (arts. 18 y 19 C.N.) CNCP. Sala II. Actis, Miguel Ángel s/recurso de inconstitucionalidad. (2011).

La alegación de que el art. 14 C.P. se apoya en una presunción iuris et de iure de peligrosidad que resultaría violatoria, a su vez, del principio de inocencia, frente a esta alegación, la Sala II dijo:

En primer lugar da por sentado que la exclusión de la posibilidad de libertad condicional se apoya de modo exclusivo en la presunción de peligrosidad, sin exigencia de demostración concreta en el caso, y a fortiori sin necesidad de demostrar especiales necesidades preventivo-especiales. Esta asunción no puede ser sin embargo predicada en abstracto, sino en el marco del sistema legal concreto. La exclusión de la libertad condicional en estos casos no se vincula con un juicio o presunción de mayor peligrosidad.

En último término el principio de inocencia no tolera ninguna pena fundada en la peligrosidad del agente, sea está demostrada en concreto o presunta. La inocencia se destruye en el juicio con la demostración de que se han reunido las condiciones de punibilidad, lo que supone demostrar que se ha realizado una acción prohibida bajo amenaza penal, que el sujeto puede ser tenido como culpable de ella. Sólo cuando se ha establecido la realización del hecho prohibido y su culpabilidad puede imponérsele una pena. La medida de la pena se fija por referencia a la extensión del injusto culpable. Nunca es permitido imponer una pena mayor que la adecuada a la culpabilidad por el hecho, ni siquiera por estimaciones de mayor peligrosidad. Sala II. Actis, Miguel Ángel s/recurso de inconstitucionalidad. (2011).

La defensa continuó alegando la incompatibilidad de la finalidad del artículo 14 con los fines de la pena establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22, C.N., frente a esta importante alegación, el Dr. García, dijo:

Cualquiera que sea el alcance que se asigne al término “finalidad esencial”, de esas disposiciones no se infiere, derechamente, que ellas proscriban la ejecución total de las penas privativas de libertad en régimen cerrado, ni tampoco, que los Estados estuviesen obligados a incluir en sus sistemas domésticos, un régimen de libertad condicional,

ni menos aún, cuáles deberían ser las características de ese régimen. Los Estados deben diseñar y ejecutar las penas privativas de libertad orientándose a los fines de los arts. 5.6 y 10.3, para lo cual tienen un margen de discreción relativamente amplio.

En otros términos, es el sistema y los instrumentos del sistema, los que deben estar orientados a la finalidad de reintegración y “reforma”, y no un instrumento en particular, de modo que la denegación de la libertad condicional no plantea problemas frente al art. 10.3 PIDCP.

En síntesis, no se deriva de modo necesario de las disposiciones invocadas que el Estado deba implementar un determinado plan de ejecución de la pena privativa de la libertad que permita la libertad condicional del condenado en el sentido y con el alcance que esa institución tiene en el art. 13 C.P., ni que otras formas de ejecución con o sin liberación anticipada del condenado no sean suficientes para ajustarse al propósito de la Convención. Sala II. Actis, Miguel Ángel s/recurso de inconstitucionalidad. (2011).

Por último la defensa alegó la impugnación de irrazonabilidad del artículo 14 y la alegación de frustración del fin de reintegración, la Sala II, dijo:

En cuanto a lo primero, la afirmación no identifica suficientemente cuál es el fin de la pena afectado. Si por relación con el contexto de argumentaciones anteriores se infiriese que se refiere a un aspecto de los fines preventivo especiales que es legítimo perseguir en la ejecución de la pena, en particular, posibilitar la integración, o la reintegración social del condenado, entonces no demuestra cómo, un régimen de ejecución de la pena privativa de libertad complejo, que no consiste solamente en la libertad condicional sino que está provisto de una serie de medidas o instrumentos para ayudar al condenado a integrarse en la vida social libre, sería irracional -o contrario al principio de razonabilidad de las leyes fijado en el art. 28 CN- por frustrar ese fin. Sala II. Actis, Miguel Ángel s/recurso de inconstitucionalidad. (2011).

Como se observa el recurso de inconstitucionalidad fue rechazado por unanimidad, ratificando la constitucionalidad y validez convencional del artículo 14 y por ende del artículo 50, que le brinda contenido. Este fallo que es posterior a la reforma constitucional de 1994 tuvo que responder, a diferencia de L'Éveque, no solo a la constitucionalidad de los institutos, sino también a la convencionalidad de los mismos, en referencia al bloque de constitucionalidad establecido en dicha reforma. Es por eso que este fallo es más complejo y da respuestas a mayores planteos sobre la constitucionalidad de estos institutos.

Como se observó a lo largo del desarrollo de este trabajo de investigación, la cuestión sobre la constitucionalidad de reincidencia simple y sus articulaciones legales no resulta para nada pacífica. Por ello y en honor a la verdad intelectual de este trabajo, queremos también destacar la opinión disidente sobre el mismo planteo, pero en otro caso de la misma Sala II, de la Cámara Nacional de Casación Penal, del Dr. Alejandro Slokar. El vocal de la Sala II, oportunamente dijo:

Efectivamente: el instituto de la reincidencia entendido como agravante de la pena a la vez de impedimento para la concesión de la libertad condicional aparece sostenido desde siempre en distintos criterios que nunca pudieron sortear los obstáculos impuestos por los principios básicos de culpabilidad por el acto y de prohibición de la doble punición, a los que deben sumarse el principio de humanidad y proporcionalidad mínima. [...] La reincidencia se ha mantenido en el tiempo a pesar de que gran parte de la doctrina liberal le ha negado fundamento, en tanto que la que se lo reconoce no acierta discursivamente a dar con razones satisfactorias.

Así es: bien por el criterio de las vertientes variadas en las que se ha apelado a sostener desde el plano del injusto que el reincidente provoca una doble afectación, bien por vía del reconocimiento de una mayor peligrosidad, o incluso con fundamento en distintas variables de culpabilidad de autor, sin faltar opiniones con arraigo en Carrara en una mayor culpabilidad en función del desprecio hacia el valor admonitorio de la anterior condena se procura legitimar discursivamente el agravamiento.

Por fin, además de la inconstitucionalidad resultante de la misma característica de la reincidencia como agravante, e incluso de la derivada de su aplicación literal, debe invalidarse constitucionalmente el artículo 14 ya que lleva a imponer penas de prisión hasta la muerte, en contra de las disposiciones expresas de la Constitución Nacional. CNCP. Sala II. Rearte, Mauro Germán s/recurso de casación. (2011).

Como podemos observar claramente para esta parte de la doctrina el instituto de la reincidencia y sus articulaciones legales resultan manifiestamente inconstitucionales y coinciden con todos los planteos realizados por la defensa oficial en el Caso Actis. Pero como hemos visto la interpretación realizada en dicho fallo, no se aparta en nada a lo dicho por la Suprema Corte de Justicia en los dos fallos precedentemente analizados, y por ello guardan congruencia jurisprudencial con los fallos emitidos por el máximo tribunal federal. Es en esta última interpretación en donde preferimos encuadrarnos a la hora de hablar sobre la constitucionalidad de la reincidencia simple y sus vinculaciones legales en el derecho penal argentino.

Conclusiones parciales.

Como se ha analizado a lo largo del capítulo, en estos tres grandes antecedentes jurisprudenciales, el instituto de la reincidencia y de los institutos relacionados legalmente han sido históricamente atacados y cuestionados a la luz de las normas y principios reconocidos constitucionalmente, sobre todo a partir de la reforma constitucional de 1994.

Pero como también hemos visto en estos pronunciamientos las defensas esgrimidas en torno a la inconstitucionalidad de estos institutos sólo han triunfado a la hora del instituto de la multirreincidencia, ya que el mismo sólo pretende sostenerse en criterios arbitrarios de peligrosidad. En cambio la reincidencia posee múltiples argumentos para ser sostenida en nuestro ordenamiento y por su puesto muchos de ellos sostenidos y defendidos por nuestra más alta jurisprudencia.

En este capítulo se intentó analizar la jurisprudencia más importante sobre la cuestión de la reincidencia, y como se pudo ver no sólo se consolida su

constitucionalidad sino también su convencionalidad de acuerdo a las nuevas exigencias constitucionales. Como se analizó en los casos precedentes, las consecuencias de la declaración de reincidencia, del artículo 50 del código penal argentino, salvo las del artículo 52, son constitucionales y por ende no afectan a los derechos fundamentales de los agentes declarados reincidentes.

En los capítulos precedentes se intentó dar claridad y contenido a los institutos analizados, con este capítulo final se pretendió defender la constitucionalidad de los mismos amparados en la alta jurisprudencia federal. Esperamos haber aportado con este trabajo una visión actualizada y sistemática sobre el instituto de la reincidencia y sus consecuencias jurídicas, que ayuden al desarrollo de muchos otros trabajos destinados a este tema apasionante de la dogmática jurídica penal.

Conclusiones generales.

La reincidencia es una institución moderna ya que, en general, en la antigüedad la repetición de conductas delictivas se castigaba con la pena de muerte (apartado 1.1.). El ordenamiento jurídico español fue de los primeros en incluir disposiciones aplicables a los reincidentes, que generalmente se traducían en agravamiento de las penas y el instituto no estaba legislado en forma general sino en cada uno de los tipos penales (apartado 1.1.). Del análisis comparativo con la legislación extranjera respecto de la conceptualización de la reincidencia puede concluirse que mientras que en algunos estados se diferencian hasta tres tipos de reincidencia o conducta delictiva múltiple (habitualidad) (Uruguay), en otros no se ha previsto el instituto (Paraguay), siendo lo más común que el mismo se regule en términos relativamente similares al del derecho argentino (España, Suiza, Brasil, Chile) (apartado 1.2.1). En doctrina se aprecia cierta uniformidad respecto a la definición del instituto y una total coincidencia respecto a que el ordenamiento argentino se ha enrolado en la tesis de la reincidencia real (apartado 1.2.2.). Puede diferenciarse a la reincidencia de la habitualidad y la profesionalidad, tomando en cuenta cuáles son el elemento distintivo, la clase de delitos en que se presenta y si se exige condena previa (apartado 1.3.). La libertad condicional tiene naturaleza de ejecución especial de la pena, en la que no se incluye encierro pero sí sometimiento a ciertas reglas de conducta (apartado 1.4.).

La reincidencia está legislada en el Código Penal argentino en el artículo 50; pero el mismo Código le asigna efectos respecto de otros institutos (libertad condicional y condenación condicional, artículos 14 y 26) (apartado 2.1.1.). Para un análisis acabado sobre si procede la declaración de reincidencia hay que tomar en cuenta ocho variables o requisitos (cumplimiento parcial de la pena, nuevo delito, condena sufrida en el extranjero, delitos políticos, delitos militares, delitos amnistiados, delitos cometidos por menores, prescripción de la reincidencia) (apartado 2.1.2.). Respecto a la vigencia y mantenimiento de la reincidencia pueden encontrarse dos grandes posiciones doctrinarias: aquellas favorables a la constitucionalidad del instituto y las que son críticas del mismo. En el primer grupo se encuentran autores como Latagliata (1963), Martínez de Zamora (1971), Mir Puig (1974), Puente Rodríguez (2013) y pueden ser divididos en dos grupos de doctrinas: las que consideran a la

reincidencia como un aumento del injusto típico y las que la consideran como incremento de la culpabilidad de autor (apartado 2.2.1.). En el grupo de críticos al instituto de la reincidencia se encuentran autores como Donna e Iuvano (1984), Zaffaroni (2002), Munilla Lacasa (2015), Dayenoff y Koffman (2016). Asiste razón al primer grupo de autores que consideran que la reincidencia no toma en cuenta la personalidad del autor, o su carácter, ni su grado de peligrosidad la actitud de desprecio puesta de manifiesto por el reincidente (apartado 2.2.2.).

La libertad condicional es un derecho del condenado, no una gracia que depende de la buena voluntad del juzgador. Pero dicho derecho requiere la configuración de algunos requisitos (artículo 14 del Código Penal) y no resulta contrario al principio de non bis in idem el que se le niegue a quienes han sido declarados reincidentes (apartados 3.1. y 3.2.).

La jurisprudencia ha receptado a la reincidencia como criterio individualizador de la pena en los términos del artículo 41 del Código Penal, ya que el delincuente ha demostrado desprecio por la primera pena impuesta (Fallo L'Eveque). Por su parte, la inconstitucionalidad de la multirreincidencia (artículo 52 del Código Penal) no significa que también sea inconstitucional el instituto de la reincidencia (Fallo Gramajo) (Capítulo 4).

Bibliografía

Doctrina

Agudo Fernández, E. (2005). *Principio de Culpabilidad y Reincidencia en el Derecho Español*. Madrid: Universidad de Granada.

Alderete Lobo, R. A. (2007). *La libertad condicional en el código penal argentino*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Armengol, P. (2002). *La reincidencia*. España: Analecta.

Asúa, A. (1982). *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. España: Universidad de Deusto.

Bailone, M. (2007). *El Código de Justicia Militar en la Argentina: crónica de una muerte anunciada*. Disponible en: <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/justicia.htm>

Cesano, J. D. (2008). *Contribución al estudio de la libertad condicional*. Córdoba: Mediterránea.

Chiara Díaz, C. A. (1987). *Aspectos de la libertad condicional, El Derecho*. (1987), 123-139.

Chichizola, M. (1963). . *La Ley* (1963), 111-358.

Creus, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Astrea.

Dayenoff, D.; Koffman, H. (2016). *Código Penal. Comentado. Anotado con jurisprudencia*. Buenos Aires: García Alonso.

Donna, E. A.; Iuvano, M. J. (1984). *Reincidencia y Culpabilidad. Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código penal*. Buenos Aires: Astrea.

Espitia Garzón, F. (2016). *Historia del Derecho Romano*. Madrid: Universidad Externado.

Fontán Balestra, C. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Depalma.

García, L. M. (1992). *Reincidencia y punibilidad*. Buenos Aires: Astrea.

Goyena, J. (1997). *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*. Pamplona: Aranzandi.

Jiménez, L. (1995). *Lecciones de Derecho Penal: reincidencia y habitualidad*. México: Pedagógica Iberoamericana.

Juliano, M. A. (2011). "Gramajo". *La peligrosidad y un fallo trascendente de la corte suprema de justicia de la Nación, Derecho a Réplica*. 30/11/2011, disponible en <http://www.derechoareplica.org/index.php/142:gramajo-la-peligrosidad-y-un-fallo>.

Latagliata, A. (1971). *Contribución al estudio de la Reincidencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Lopez Carribero, H. (2016). *Algunos aspectos del Artículo 50 del Código Penal*. Disponible en <http://www.lopezcarribero.com.ar/pdf/algunos%20aspectos.pdf>.

Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal, 2da Edic. Buenos Aires*. Editores del Puerto.

Martínez de Zamora, A. (1971). *La reincidencia*. Murcia: Publicaciones de la Universidad de Murcia.

Mir Puig, S. (1974). *La reincidencia en el Código Penal*. Barcelona: Bosh.

Munilla Lacasa, H. (2015). *El instituto de la reincidencia y el anteproyecto de código pena*. Disponible en <http://mlsdp.com.ar/archivos/el-instituto-de-la-reincidencia.pdf>

Oderigo, M. (1946). *Código Penal anotado*. Buenos Aires: Ideas.

Puente Rodríguez, L. (2013). *Fundamento Dogmático de la Agravación por Reincidencia*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

Rodríguez, R. (2007). *Código Penal comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Depalma.

Zabala, M. E. (2005). *La Reincidencia como circunstancia agravante de la punibilidad y su relación con el principio de culpabilidad y las garantías que de él derivan*. España: Universidad de Salamanca.

Zaffaroni, E. R. (1992). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Pernal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR.

Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Legislación

Ley Nacional 11.179 (1921, Código Penal Argentino)

Ley Nacional 21.338 (1976, Reformas al Código Penal)

Ley Nacional 22.278 (1980, Régimen Penal de la Minoridad)

Ley Nacional 23.077 (1984, Reformas al Código Penal)

Ley Nacional 24.660 (1996, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad)

Ley Nacional 24.767 (1996, Cooperación Internacional en Materia Penal)

Ley Nacional 25.894 (2004, Reformas al Código Penal)

Ley Nacional 26.394 (2008, Derogación del Código Militar y Reformas al Código Penal)

Ley Nacional 27.375 (2017, Reformas al Régimen de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad)

Jurisprudencia

C.S.J.N., “L’Eveque, R. R. s/ Recurso Extraordinario”, Fallos 311:1451 (1988).

C.S.J.N., “Gramajo, M. E. s/ Robo en grado de tentativa”, Fallos 329:3680 (2006).

C.S.J.N., “Maciel, M. F. s/ Recurso de Inconstitucionalidad”, Fallos 336:52 (2013).

C.S.J.N., “Taboada Ortiz, Victor s/ inf. Art. 189 bis”, Fallos 336:63 (2013).

C.S. J. Mendoza Sala II, “Sevilla Gómez, A. O. s/ inconstitucionalidad” (2009).

C.S.J. Santa Fe, “González, G. L. s/ Apelación denegatoria de libertad condicional”, 260:207 (2014).

CFCP Sala II, “Actis, M. A. s/ Recurso de inconstitucionalidad”, Reg. 17892.2 (2011).

CFCP Sala II, “Rearte, M. G. s/ Recurso de casación”, Reg. 19.569 (2011).

Cám. de Apel. Penales de Rosario Sala I, “Radaelli, O”, Res. 311 (2010).