



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**EL INSTITUTO DE LA REINCIDENCIA: LA NECESIDAD DEL
CUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE PENA PRIVATIVA
DE LA LIBERTAD**

Alumno: María José Cagnone

D.N.I: 18.188.411

Carrera: Abogacía

Número de legajo: VABG 21905

Año: 2019

ÍNDICE

Resumen.....	4
Abstract.....	5
Key Words.....	5
Introducción.....	6

CAPÍTULO I: REINCIDENCIA

1. El instituto de la reincidencia.....	9
2. Clases de reincidencia.....	10
3. Teorías que fundamentan la reincidencia.....	12
4. Conclusión.....	15

CAPÍTULO II: REGULACIÓN

1. El Código Penal Argentino.....	18
1.1. El artículo 50.....	18
1.2. Requisitos de procedencia.....	18
1.3. El artículo 14.....	23

2. La Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.....	25
2.1. El artículo 1.....	26
2.2. El artículo 12.....	26
3. La Constitución de la Nación Argentina.....	28
3.1. El artículo 72 inc. 22.....	28
4. Conclusión.....	29

CAPÍTULO III: JURISPRUDENCIA

1. Introducción.....	32
2. Fallos: postura a favor de cualquier tiempo de cumplimiento parcial de pena.....	32
3. Fallos: postura a favor de la necesidad de tiempo determinado de cumplimiento parcial de pena.....	36
4. Postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	41
5. Conclusión.....	43

CAPÍTULO IV: CONCLUSIÓN FINAL

1. Conclusión Final.....	45
--------------------------	----

Bibliografía

Listado de la bibliografía	49
---	-----------

1.1 Doctrina.....	49
1.2 Legislación.....	50
1.3 Jurisprudencia.....	50
1.4 Páginas de internet.....	51

RESUMEN

Uno de los requisitos que exige el art. 50 del Código Penal para la procedencia de la declaración de reincidencia es la del cumplimiento total o parcial de pena privativa de la libertad. Y es allí donde más controversias se han suscitado. Poder establecer un criterio uniforme sobre el significado que encierra “cumplimiento total o parcial de pena”.

A partir de una recorrida por el instituto, sus requisitos, las distintas teorías que la sustentan, buscamos dar claridad al instituto de la reincidencia y afirmar que cualquier tiempo de cumplimiento de pena privativa de la libertad permite al juzgador declarar la reincidencia.

ABSTRACT

One of the requirements that requires the art. 50 of the Penal Code for the provenance of the declaration of recidivism is that of total or partial fulfillment of custodial sentence. And that's where most controversies have arisen. To be able to establish a uniform criterion about the meaning of "total or partial compliance with penalty".

From a tour of the institute, its requirements, the different theories that sustain it, we seek to clarify the institute of recidivism and affirm that any time of execution of custodial sentence allows the judge to declare recidivism.

KEY WORDS

Relapse, fulfillment, penalty, sentence, freedom.

1. INTRODUCCIÓN

El instituto de la reincidencia sufrió un gran cambio a partir de la modificación al art. 50 del Código Penal operada por la ley 23.057, que introdujo el sistema de reincidencia real. El mismo artículo, según la ley 21.338, se enrolaba en el sistema de reincidencia ficta. Es decir, que se consideraba reincidente a quien cometía un nuevo delito después de mediar sentencia condenatoria firme a pena privativa de la libertad. Sin importar si se hubiera cumplido total o parcialmente, o si se hubiera dado por compurgada con el tiempo de detención sufrido, o si se hubiera impuesto en forma condicional.

Nuestro sistema actual, de reincidencia real, no sólo exige una condena anterior a pena privativa de la libertad, sino que debe ser realmente cumplida, aún con un cumplimiento parcial. Nos encontramos con posturas doctrinales y jurisprudenciales divergentes en cuanto a la constitucionalidad del instituto, tema que no será abordado en el presente trabajo, y que ya fuera dirimido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por otro lado, surgen distintas posturas sobre el significado del término cumplimiento parcial. Así nos encontramos con debates acerca de la necesidad o no de tratamiento penitenciario para considerar que existe cumplimiento de pena. Sin obviar un tema trascendental que es que la declaración de reincidencia cambia rotundamente la situación del penado, implica que no pueda acceder al beneficio de la libertad condicional tal como lo establece el art. 14 del Código Penal.

La finalidad del presente trabajo es demostrar la necesidad de cumplimiento, ya sea total o parcial, de pena privativa de la libertad. Analizar, interpretar el término “parcial” y la discusión existente en torno a la posibilidad de declarar reincidente a un condenado que no haya recibido tratamiento carcelario, y si tal tratamiento es un presupuesto esencial para su declaración. Para poder llegar a esa demostración, como precedente deberemos recorrer las diferentes posturas sobre el fundamento de la reincidencia. Esto nos permitirá posicionarnos sobre su finalidad, para luego adentrarnos en el instituto de la reincidencia, y su requisito de procedencia. Se analizarán las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales.

Existen infinidad de casos en los cuales el condenado estuvo alojado en una dependencia policial cumpliendo pena de prisión, ¿podemos afirmar que tuvo tratamiento carcelario? Si no

recibe tratamiento carcelario, ¿es responsabilidad del condenado o del Estado? Estos son algunos de los interrogantes que surgen cuando centramos la atención en la discusión del tratamiento carcelario que debe recibir el condenado durante el cumplimiento de la pena.

En el presente trabajo de investigación el tipo de estudio es el descriptivo, seleccionar una cuestión, especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice. Utilizamos este método ya que analizaremos el instituto de la reincidencia y su requisito de cumplimiento total o parcial de pena. Describiremos los sistemas de reincidencia, cuál es el receptado por nuestro Código Penal, analizaremos las dificultades interpretativas que se presentan en cuanto a su requisito de procedencia, intentando poner luz a las mismas.

La estrategia metodológica a utilizar será la de tipo cualitativa. Recopilaremos información sobre el instituto en estudio, sin efectuar ninguna medición numérica o análisis estadístico en particular.

El presente TFG comprenderá el capítulo I a modo introductorio definiremos la reincidencia, sus clases como así también los distintos fundamentos de la reincidencia. El capítulo II en el que se hará un análisis del sistema de reincidencia, según el Código Penal Argentino, los requisitos de procedencia, y la normativa relacionada con la misma. El capítulo III comprenderá el análisis de la jurisprudencia.

La conclusión se desarrollará a partir de todo lo expuesto en los capítulos precedentes, intentando esclarecer la cuestión planteada.

CAPÍTULO I

REINCIDENCIA

1. El Instituto de la reincidencia.

Antes de centrarnos en analizar la reincidencia en su aspecto jurídico, comenzaremos por determinar su significado etimológico. Podemos decir que deriva del latín, “*re*” prefijo que se utiliza para indicar otra vez y el verbo “*incidere*” que significa caer. Por lo que podemos concluir que significa caer otra vez.

La Real Academia Española define la reincidencia como “la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa”.

Ahora bien, adentrándonos en el plano jurídico, la reincidencia es la recaída en el delito tras otra sentencia condenatoria, y dentro de un período de tiempo. Este instituto, con distintos alcances, se encuentra ya legislado en la mayoría de los países lo que demuestra que las diferentes sociedades se ocupan del desinterés hacia las normas de convivencia, reaccionando con mayor intensidad.

La ley toma en cuenta a la reincidencia en tres situaciones: en el caso que nos interesa, que es en la ejecución de la pena, el art. 14 del Código Penal¹ priva a los reincidentes de la posibilidad de acceder a la libertad condicional; en el art. 41² en la medición de la pena y en el art. 52³ para aplicar la pena de reclusión por tiempo indeterminado. Este último declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia.

Para Alderete Lobo (2007),” intentar aportar alguna definición que pretenda caracterizar a la reincidencia en abstracto es una tarea inútil. Las legislaciones penales comparadas regulan la cuestión en forma muy diversa y se diferencian tanto en los presupuestos de su imposición como en los efectos que le atribuyen”. (Alderete Lobo, 2007, Pág. 165).

La reincidencia es una forma de reiteración en el delito, que tiende a influir como agravante para determinar la pena en aquellos casos en que el justiciable ha cumplido, con anterioridad, una pena privativa de la libertad.

¹ Art. 14 Código Penal

² Art. 41 Código Penal

³ Art. 52 Código Penal

Se tiende a sostener que quien reincide luego de haber sido penado, debe soportar una mayor censura que quien lo hace por primera vez. Por lo cual algunos autores afirman que es una consecuencia que agrava la situación de una persona sometida a un juicio en la actualidad, por haber sido condenada por otro delito con anterioridad.

Otros también sostienen que con la reincidencia se trata de demostrar la insuficiencia de la pena que se aplicó para cumplir el fin de prevención especial. Al fallar este fin preventivo, el reo que vuelve a delinquir es declarado reincidente, y con esto su situación se encuentra agravada.

2. Clases de reincidencia.

1. Reincidencia genérica o específica:

Esta distinción radica en los hechos cometidos. Estaremos frente a una reincidencia genérica cuando el sujeto cometa un nuevo delito sin importar la naturaleza del mismo. Y frente a una reincidencia específica cuando las conductas sean de la misma naturaleza o especie.

Debemos entender que un delito es de la misma naturaleza cuando vulnera bienes jurídicos similares y cuando la persona utiliza medios que manifiestan una misma tendencia criminológica. (Bacigalupo, 1999).

En nuestro derecho, los Códigos Tejedor y de 1886 regulaban la reincidencia bajo este sistema, en la actualidad el Código Penal recepta un sistema de reincidencia genérica o impropia. (Alderete Lobo, 2007)

2. Reincidencia real o ficta:

Esta distinción pone el acento en la exigencia o no del cumplimiento efectivo de la condena anterior. Entonces será real cuando haya cumplimiento efectivo de condena anterior, es decir, debe existir una pena anterior realmente cumplida y ficta cuando sólo se exige una sentencia condenatoria anterior firme.

Es decir, en la reincidencia ficta no se requiere que la pena anterior haya sido cumplida en todo o en parte. Se es reincidente sólo con el hecho de contar con una condena anterior con independencia de habérsela cumplido o no. Por lo tanto en este tipo de reincidencia no tiene importancia si el reo tuvo o no tratamiento penitenciario, si tomó real dimensión de su actuar delictivo, si habiendo sufrido ya una pena demuestra insensibilidad ante un nuevo reproche, sólo interesa una condena anterior.

En la reincidencia real se tiene en cuenta el tiempo de pena efectivamente cumplida, por lo cual aquel que vuelve a delinquir dentro de los plazos que prevé la ley, está demostrando la insuficiencia de la pena sufrida para su reinserción en la sociedad. Por lo tanto la reincidencia real está muy relacionada con el criterio resocializador de la pena, ya que desde el punto de vista retributivo o de prevención general, no sería necesario el cumplimiento efectivo. Bastaría con la comprobación de la existencia de una pena anterior. Y la justificación de la aplicación de una pena más gravosa es el incumplimiento del fin de la pena, o sea, lograr su reinserción social. Al menos esto es algo sostenido por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

La finalidad resocializadora del art. 50 del C.P⁴., también se ve reflejada en el art. 5 inc.6° del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 10 inc.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incorporados con jerarquía constitucional a nuestra Constitución Nacional a partir de la reforma.⁵

A partir de la recepción de la reincidencia real en nuestro Código Penal, surgió una gran discusión a nivel doctrinario y jurisprudencial, en torno a la cuantía del cumplimiento parcial de pena anteriormente dispuesta. Esto fue así porque como expresamos en la reincidencia real, partimos de la necesidad de cumplimiento efectivo ya sea parcial o total de la pena.

Así encontramos aquellos que sostienen que por lo menos debe, como mínimo, haber cumplido quince días de pena, ya que éste es el plazo mínimo establecido en el Código Penal, en su parte especial.

⁴ Art. 50 Código Penal

⁵ Art. 5 inc.6° Pacto de San José de Costa Rica y
Art. 10 inc.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Para Donna “Para hacer aplicable el artículo 50 del Código Penal no se requiere el sometimiento efectivo al régimen progresivo de la Ley Penitenciaria Nacional, ni haber alcanzado a través del mismo etapa concreta alguna, bastando, desde el punto de vista sociológico o desde la pura experiencia personal, con que el individuo haya sentido en sí mismo y comprendido que una determinada privación de la libertad obedecía a una decisión condenatoria aplicada por la justicia penal,..” (Donna, 2003, pág. 482)

Otros sostienen que es necesario al menos el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena anterior para poder declararlo reincidente. Encontramos también, autores que se inclinan por dejar al arbitrio y prudencia judicial, en cada caso, la declaración de la misma.

3. Teorías que fundamentan la reincidencia.

Desde ya debemos partir de que no hay una postura uniforme sobre los fundamentos de la misma, y que de acuerdo a la que creamos sea su fundamento, así diferirá nuestra posición con respecto a la interpretación sobre el significado de cumplimiento parcial de pena.

Siempre se han hecho esfuerzos para fundamentar la reincidencia, así nos encontramos con diferentes teorías o posturas frente a ella.

“... recordemos que la reincidencia ha sido explicada de diversas maneras en cuanto a sus fundamentos. Incluso opiniones hay en el sentido de que debe ser desterrada de un sistema moderno de culpabilidad por el hecho,..”

(Breglia Arias, 1985)

1. Necesidad de prevención especial:

Esta posición parte de la idea que la pena anterior fue insuficiente para evitar la comisión de un nuevo delito. Para llegar a esta conclusión, debemos partir de la idea de una función preventivo-especial de la pena y que la misma se haya cumplido efectivamente.

Estos conceptos surgen de la nota de elevación del Congreso al Poder Ejecutivo del proyecto de reforma y el debate en el parlamento. Allí se sostuvo que la reincidencia debía mantenerse en el Código Penal justificada por “la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir con su fin de prevención especial”.⁶

Por lo tanto debemos concluir que será reincidente todo aquel que cometa un nuevo delito después de haber estado efectivamente sometido a una pena.

A esta postura se le han realizado diferentes críticas, como sostiene Alderete Lobo “se hace recaer en el justiciable las consecuencias del fracaso de la prevención especial, cuando el objetivo a partir del cual se justifica el ejercicio del poder punitivo es ajeno a aquél”. (Alderete Lobo, 2007, pág. 167)

También García (2005) expresa que tal como está concebida la reincidencia en nuestro Código Penal, no es posible sostener que la misma se funda en la insuficiencia de la pena anterior. Porque el art. 50 no exige pena cumplida sino pena total o parcialmente cumplida, por lo cual no puede hablarse de insuficiencia de la misma, cuando ésta no se ha ejecutado en su totalidad y porque los efectos de la reincidencia no se vinculan con una mayor necesidad de prevención en el caso concreto, sino que la declaración es automática en los casos en que se cumplan los requisitos del artículo mencionado.

Creemos que sostener como único fundamento de la reincidencia la insuficiencia de la pena anterior, es hacer recaer en el penado el fracaso de la prevención especial, y que si este fuese el fundamento no se podría declarar reincidente a aquel que sólo cumplió una parte de la pena. Estamos de acuerdo con aquellos que sostienen que no se puede hablar de insuficiencia cuando no hubo cumplimiento total de pena.

Esta postura se encuentra íntimamente ligada al tratamiento penitenciario recibido por el justiciable. Lo que significa que si nos posicionamos en esta postura, diremos que la pena sufrida

⁶ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 12/01/1984, pág. 626

fue insuficiente y que el tratamiento dado quizá no haya sido el suficiente para prevenir que vuelva a delinquir. Por lo tanto, dentro de esta postura encontraremos aquellos que creen necesario, para poder declararla, el cumplimiento de algunos de los períodos dentro del régimen penitenciario. Es decir que si el reo no fue incluido dentro de período determinado, no correspondería dicha declaración.

2. Mayor culpabilidad del reincidente:

Esta postura sostiene que la reincidencia demuestra una mayor culpabilidad del justiciable en el segundo hecho, por lo cual el reproche es mayor. En este pensamiento subyace la idea que el reincidente, que ya ha soportado una pena, al cometer un nuevo delito demuestra su insensibilidad a la pena anteriormente cumplida, lo que lo hace más culpable. (García, 2005)

La persona que reincide, aún habiendo sufrido ya una pena, pasa por alto esa experiencia, y vuelve a delinquir. Demuestra así su desprecio o, por lo menos, su insensibilidad al ordenamiento jurídico y a la posibilidad de un nuevo castigo.

Es decir que se pone el foco en la mayor culpabilidad que conlleva a agravar el modo de ejecución de la pena. El penado que reincide conoce la antijuridicidad de su conducta, y aun así, comete un nuevo delito demostrando su indiferencia y desprecio a las normas jurídicas.

Dentro de esta posición se alinea la Corte Suprema, que sostiene que la reincidencia se basa en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. No obstante haber experimentado el encierro, reincide demostrando insensibilidad ante un nuevo reproche de esa naturaleza.⁷

Al decir de Zaffaroni, Alagia y Slokar, citado por Alderete Lobo (2007, p. 171) se critica a esta postura la afirmación de la existencia de mayor grado de culpabilidad derivada de la reincidencia, fundamentando dicha crítica en que la conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho es independiente de la condena anterior, pudiendo incluso ser menor o no existir. Ello es así pues, por ejemplo, nada obsta a que quien haya sido condenado por un delito no pueda incurrir en un error de prohibición invencible en otro injusto.

⁷CSJN, "Gómez Dávalos, Sinfioriano s/ recurso de revisión", Fallos 308:1938 LL AR/JUR/2061/ 1986.

Creemos que el mayor grado de culpabilidad tiene absoluta relación con la indiferencia que se demuestra al cometer un nuevo delito aun habiendo ya sufrido una pena anterior. Es dable pensar que quien sufrió una pena privativa de la libertad, aunque sea de manera parcial, debería tomar conciencia de lo que significa el encierro, de la antijuridicidad de su acción, como para conducir su vida de tal manera de no cometer un nuevo delito.

De otro costado, es necesario pensar si es justo aplicar las mismas condiciones y posibilidades para acceder a una libertad anticipada a aquel que es primario en el delito que aquel que ya no lo es. Creemos que quizá es necesario un replanteo de las políticas criminológicas que permitan dar el tratamiento penitenciario adecuado ajustándose a cada uno, donde se les ofrezcan todas las herramientas necesarias para su reinserción social.

3. Mayor grado de injusto por mayor alarma social:

Esta posición se fundamenta en que la reincidencia agrava el hecho porque provoca una mayor alarma social. Es decir, es mayor la reprochabilidad pues no sólo comete un daño con el delito, sino que demuestra su actitud contraria al derecho. Produce un daño político al lesionar el interés general de preservar el orden.

Para esta postura, el reincidente demuestra una tendencia antijurídica. No sólo lesiona un bien jurídico sino que manifiesta su voluntad de contrariar el derecho. El hecho de haber sufrido la pena, aún de manera parcial, le otorga la posibilidad de tomar conciencia de lo que la misma implica.

Al decir de García, en esta postura encontramos aquellos que sostienen que la ley ha entendido que el que sufre una pena, tiene la posibilidad de tomar real dimensión de lo que ella significa, y que aun con un cumplimiento parcial de la misma, reincide, hace más gravosa su conducta. Como también aquellos que afirman que por la mayor alarma social que provoca aquél que ya tuvo una condena, la reincidencia agrava el hecho, porque el nuevo delito provoca que la imagen del derecho como instrumento que provee seguridad jurídica quede maltrecha. (2005)

4. Conclusión:

En el presente capítulo hemos recorrido las posturas más importantes que fundamentan la reincidencia. De acuerdo en cuál nos posicionemos la fundamentación variará y como consecuencia será distinta nuestra visión de la reincidencia.

A nuestro criterio, creemos necesario tener en cuenta lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene, la teoría de la mayor culpabilidad del reincidente debido a la insensibilidad frente a un nuevo reproche y ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad.

CAPÍTULO II
REGULACIÓN

1. El Código Penal Argentino.

1.1. El artículo 50:

En el año 1984, a través de la Ley 23.057, se reforma el art. 50 del Código Penal Argentino⁸. Dicha reforma se fundamentó en la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial. Y es allí donde nuestro ordenamiento jurídico recepta la reincidencia real.

El actual artículo 50 dice: *“Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de la 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”⁹

Así su texto nos informa que la reincidencia se verifica cuando una persona que ya ha cumplido pena, aun parcialmente en forma efectiva y como condenada, y esa pena es privativa de la libertad, comete un nuevo delito que es reprimido con la misma clase de pena.

1.2. Requisitos de procedencia:

- Condena anterior a pena privativa de la libertad:

Como primera exigencia para su declaración es la existencia de una condena anterior impuesta por un tribunal del país. Y esta condena debe haber sido impuesta por un delito, por lo

⁸ Ley 23.057, 1984.

⁹ Art. 50 Código Penal

cual las contravenciones quedan excluidas. Como vemos la condena debe ser por un delito cuya sanción sea pena privativa de la libertad, es decir reclusión o prisión, por eso se excluyen las condenas condicionales, y las condenas a penas de inhabilitación o multa.

Cuando el art. 50 requiere que el justiciable haya sido condenado en el país por cualquier tribunal se refiere a que resulta indistinto que éste sea provincial, nacional o federal. (Alderete Lobo, 2007)

El segundo párrafo del artículo en estudio nos refiere a la condena sufrida en el extranjero, pero la limita a aquellos supuestos en que el delito que la motiva, según la legislación nacional, de lugar a la extradición.

El tercer párrafo del art. 50 deja fuera de la declaración de reincidencia a la pena cumplida por delitos políticos, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años.

- Cumplimiento efectivo de pena:

A partir de la Ley 23.057 que recepta la reincidencia real, queda claro que es necesario que el condenado haya cumplido pena, al menos parcialmente, en encierro efectivo.

Y la reincidencia real implica que queda eliminado como antecedente generador de reincidencia las condenas condicionales, las contravenciones y la pena privativa de la libertad que resulta de la conversión de la multa en prisión. En estas, la pena no se ejecuta dado su carácter suspensivo.

En este punto, nos encontramos con algunos que consideran que debe computarse la prisión preventiva operada durante el proceso. Aunque el criterio mayoritario exige que la pena sea cumplida en carácter de condenado. Sosteniendo que cualquier otro tipo de forma de detención no tendrá el carácter de pena. (D'alessio y Divito, 2009)

García sostiene que “El sufrimiento de privación de la libertad en detención o prisión preventiva computables como cumplimiento de pena anterior, en los términos del art. 24 del

Código Penal, no constituye cumplimiento de pena y, por tanto, no es suficiente para dar al sujeto la impresión de que ha sufrido pena”.(García, 2005, pág. 140)

El art. 24 del Código Penal¹⁰ establece que se compute como cumplimiento de pena el tiempo transcurrido en prisión preventiva, pero no transforma la privación de la libertad cautelar en cumplimiento real de pena. (Alderete Lobo, 2007)

Ya en el debate parlamentario encontramos cual era la voluntad legislativa. El Senador De la Rúa dejó claro que: “no debe computarse la prisión preventiva como parte de la pena, como pena efectivamente cumplida a los fines de la reincidencia”.¹¹

Así también la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que no puede computarse la detención sufrida en prisión preventiva a los fines de la declaración de reincidencia.

Por otra parte, nos encontramos con posturas disidentes en cuanto a si debe tomarse como cumplimiento de pena con la finalidad de declarar la reincidencia a la libertad condicional y a la prisión domiciliaria. Para Alderete Lobo, por ejemplo, la libertad condicional no importa, para quien la goza, un cumplimiento de la pena privativa de la libertad bajo una modalidad de ésta sino una suspensión de la ejecución de la pena a prueba. (2007)

Con relación a la prisión domiciliaria, hay quienes sostienen que no debe tenerse en cuenta a los fines de la declaración de reincidencia basándose en que por las características de la privación de la libertad en dicha modalidad es más cercana a una pena de ejecución condicional. Otros, sostienen que la prisión domiciliaria es un encierro cierto, y el mismo se cumple bajo determinadas reglas y bajo supervisión, por este motivo, se transforma en un verdadero encierro.

Este requisito, el de cumplimiento efectivo de pena, nos lleva a preguntarnos cuando existe cumplimiento total o parcial. Este interrogante es el que mayores interpretaciones y controversias tiene.

¹⁰ Art. 24 Código Penal

¹¹ Senador De la Rúa, Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 15/02/1984, pág. 578.

Del texto legal surge que es suficiente que la pena sea cumplida parcialmente, pero es dificultoso establecer cuándo este requisito queda satisfecho. (D'alesio y Divito, 2009)

Encontramos aquellos que sostienen que cualquier tiempo de cumplimiento de pena es suficiente. Y ésta es la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ya en el fallo “Gómez Dávalos, Sinforiano” sostuvo que “es suficiente contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de la libertad, independientemente de su duración,..”¹²

Arnedo sostiene que saber qué se entiende por cumplimiento parcial de pena, no es un problema cualitativo sino cuantitativo. O sea, cuanta cantidad de cumplimiento es necesario para sostener que hubo cumplimiento parcial de pena. Y la respuesta dependerá de la postura que se tome como antecedente. Si partimos de la necesidad de tratamiento carcelario o si consideramos que el simple encierro carcelario es cumplimiento de pena. (Arnedo, 1986)¹³

“La opinión que funda el cumplimiento de la pena en la ejecución penitenciaria de la misma, confunde el tratamiento penitenciario tendiente a lograr el fin que aspira la pena, vale decir la readaptación del condenado, como un modo de cumplimiento, con el cumplimiento de la pena, que consiste en estar privado de la libertad. En consecuencia, es errado entender que si no ha existido tratamiento penitenciario, no hay reincidencia”. (Laje Anaya et Gavier, 1996, pág.299.)

También están aquellos que sostienen que no basta cualquier lapso de cumplimiento de pena en encierro. Dentro de esta postura, encontramos los que sostienen que lo adecuado sería el cumplimiento del mínimo legal de la pena privativa de la libertad por parte del penado.

Otros postulan el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena, sustentando su postura en lo dispuesto por el Código Penal para el acceso a la libertad condicional.

¹² CSJN, “Gómez Dávalos, Sinforiano”, Fallos: 308:1938, 1986.

¹³ El Derecho Jurisprudencia General, Tomo 119, pág. 522. Buenos Aires, 1986.

Algunos postulan que se cumpla el plazo requerido para el acceso a la libertad condicional, aunque computan también el lapso de prisión preventiva, cuando la detención no haya cesado antes de la sentencia firme. (D'alessio y Divito, 2009)

Hay autores que sostienen que se debe dejar librado a la prudencia judicial la determinación del cumplimiento parcial de pena en cada caso.

Como podemos observar, tanto la doctrina como la jurisprudencia no han logrado aunar posturas tendientes a lograr un criterio uniforme dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

-Comisión de un nuevo delito:

Como requisito es necesario que la persona cometa un nuevo delito, y que éste haya sido cometido con posterioridad al cumplimiento total o parcial de la condena anterior. Debe estar reprimido con reclusión o prisión y sentencia que imponga pena de cumplimiento efectivo.

El requisito del nuevo delito, claramente, deja fuera las contravenciones. Y el requisito de pena de reclusión o prisión, excluye las condenas con multa o inhabilitación.

Este nuevo delito llevará a la declaración de reincidencia si desde el cumplimiento de la pena anterior no pasó un tiempo igual al de la condena impuesta, y el mismo no puede ser inferior a cinco años ni superior a diez.

Así el último párrafo del art. 50, establece un mínimo y un máximo a tener en cuenta para la declaración. Es decir que el plazo igual a la condena impuesta sólo se aplicará cuando la condena sea entre cinco y diez años, mientras que si la misma es menor a cinco, deberá transcurrir un plazo de cinco años. Y si la condena es superior a diez años, sólo es necesario el transcurso de diez años sin la comisión de un nuevo delito. (Alderete Lobo, 2007)

Un punto que ha traído controversia es si basta con que el nuevo delito sea cometido dentro de dicho plazo, o si, por el contrario, la sentencia que lo declare, también debe ser pronunciada dentro de aquel plazo.

Para D'alessio y Divito (2009), el párrafo final del art, 50, lleva a interpretar que si transcurre el plazo establecido sin una sentencia condenatoria firme, la pena anterior no es apta para producir reincidencia. Otros sostienen que la declaración de reincidencia procede siempre que el nuevo hecho haya sido cometido antes del vencimiento del plazo establecido por la ley, independientemente de la fecha de dictado de la sentencia condenatoria.

1.3. El artículo 14 del Código Penal Argentino.

Si hablamos de reincidencia, no podemos obviar referirnos al art. 14 del Código Penal.

El mismo reza: *“La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los arts. 80 inc.7°, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo”*.¹⁴

Con la Ley 25.892¹⁵ también se reforma el art. 14 del C.P., por tanto ahora no sólo los reincidentes no pueden acceder a la libertad condicional, sino también los condenados por homicidio criminis causae, ciertos abusos sexuales seguidos de muerte, privación ilegítima de la libertad coactiva seguida de muerte intencional, robo seguido de homicidio y secuestro extorsivo seguido de muerte intencional.

Lo dispuesto por el art. 14 se fundamenta en que la persona que reincide en el delito, demuestra que aun habiendo observado los reglamentos carcelarios, su readaptación social no se verifica. Ante esto, la ley presume que esa readaptación social, que es el objetivo de la ejecución de la pena, se producirá al término de la condena. Y no se trata de una agravante de la pena ni un castigo complementario, porque, como regla general, la pena debe ejecutarse en su totalidad. La excepción es la libertad condicional, derecho ganado a una libertad anticipada. (Laje Anaya y Gavier, 1996)

¹⁴ Art. 14 Código Penal

¹⁵ Ley 25.892, 2004

Al aplicar al reincidente la prohibición del art. 14 del Código Penal, implica tomar en cuenta la pena anterior para ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado en los casos en que el reo incurrió nuevamente en el delito.

Como lo dijo Carrió “imponer condiciones de cumplimiento de una pena más severa para el reincidente, parece que es algo que el legislador hace con un propósito disuasorio equivalente” (Carrió, 2008, pág. 612)

En cuanto al punto de la declaración de la misma, hay quienes sostienen que la calidad de reincidente debe ser comprobada a la luz de los términos del art. 50 del Código Penal, sin importar su declaración expresa en una sentencia. Afirman que la reincidencia es un hecho que no necesita de un pronunciamiento que la declare. La ausencia de declaración no implica la inexistencia de dicho estado, ya que la nueva sentencia sólo es declarativa de la comisión de un nuevo delito que origina el estado de reincidente. Así, Laje Anaya (1996) dice “la calidad de reincidente no se obtiene con una declaración de ella en la sentencia, sino de lo que, con arreglo a la misma, dispone el art. 50 del C. penal” (Laje Anaya, 1996, pág. 305)

Para D’Alessio y Divito (2009), no corresponde computar una errónea declaración de reincidencia para denegar la libertad condicional y en el caso inverso, cuando un condenado que no ha sido declarado reincidente, solicita la libertad condicional, el tribunal que debe resolver dicho pedido, no puede modificar su situación jurídica ya adquirida. Es decir, debe estarse a lo decidido por el fallo que lo condenó. Al evaluar si procede el beneficio, el tribunal competente deberá examinar la sentencia que lo condenó y si lo declaró reincidente. Si no fue así, corresponderá concederle la libertad condicional. Como requisito para que no se conceda la libertad condicional es necesario que el justiciable haya sido declarado reincidente.

Y aquí se plantea otra controversia doctrinal, si la reincidencia es un estado permanente o no. Existe cierta jurisprudencia que considera que el criterio legal niega el beneficio de la libertad condicional a aquel condenado que adquirió la calidad de reincidente en alguna otra oportunidad distinta de la condena que estuviese cumpliendo. Sosteniendo que la reincidencia declarada es un estado que no puede desaparecer por vía de la prescripción, así afirman que el art. 50, en su párrafo final, no está referido a la prescripción de la reincidencia sino a la prescripción

del antecedente que representa la pena anterior. Por lo cual una vez que es declarada se transforma en un estado, una calidad, y la misma no prescribe.

Otros sostienen que vencidos los plazos previstos por el art. 50 del Código Penal, si el sujeto comete un nuevo delito no debe considerárselo reincidente, ya que de hacerlo, sería una incoherencia con el art. 51 del Código Penal¹⁶, que establece la caducidad de las sentencias condenatorias. Por tanto si las sentencias caducan a todos sus efectos, cómo la calidad de reincidente puede mantenerse in eternum.

Para D'alessio y Divito (2009), esto sería como consagrar un “estado de reincidencia” perpetuo y que es constitucionalmente inaceptable y legalmente insostenible. Entienden que la reincidencia sólo debe tener efectos dentro de los plazos fijados por el art. 50 del Código Penal.

A nuestro entender, y haciendo interpretación del texto del art. 50, vencidos los plazos establecidos en él, no se lo debe considerar reincidente. Y sostenemos que se es reincidente más allá de la existencia de su declaración en la sentencia condenatoria, ya que la reincidencia es una situación de hecho que no requiere necesariamente su declaración en una sentencia, sino que basta con que se cumplan los requisitos establecidos en el citado artículo.

2. Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.¹⁷

Esta ley fue sancionada en 1996 es complementaria del Código Penal y deroga la Ley Penitenciaria Nacional.¹⁸ La misma contiene preceptos constitucionales en la materia, y también aquellos contenidos en pactos y tratados internacionales, incorporando además el denominado principio de progresividad de la pena.

Busca equilibrar los deberes del condenado con el respeto de sus derechos. Incorpora como novedad, la diferenciación entre los aspectos del tratamiento penitenciario que serán de carácter obligatorio de aquellos que serán de carácter voluntario. Con esta ley se instaura un

¹⁶ Art. 51 Código Penal

¹⁷ Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, 1996

¹⁸ Ley Penitenciaria Nacional, 1958

régimen flexible del contenido de la pena durante el cumplimiento de la misma, atendiendo las características y necesidades de cada condenado.

2.1. El artículo 1.

Este primer artículo dice: *“La ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.”*¹⁹

Podemos concluir que lo que la Ley 24.660 busca es la reinserción social del condenado, habiendo transitado las distintas fases que conforman la progresividad del régimen penitenciario. Que este tránsito permita al condenado comprender y respetar la ley, como también la gravedad de sus actos y de la sanción que se le impuso.

2.2. El artículo 12.

El mismo reza: *“El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de:*

- a- Período de observación.*
- b- Período de tratamiento.*
- c- Período de prueba.*
- d- Período de libertad condicional.*²⁰

¹⁹ Art. 1 Ley 24.660

²⁰ Art. 12 Ley 24.660

Aquí se establecen los cuatro períodos que caracterizan al régimen penitenciario, y que marcan este sistema de progresividad.

El período de observación consiste en un estudio médico- psicológico- social del condenado y formular un diagnóstico y pronóstico criminológicos. Este período no puede exceder de treinta días. Se establece la fase del período de tratamiento en que se incorporará al penado.

En el segundo período se irán atenuando las restricciones propias de la pena. El período de tratamiento es progresivo y dividido en fases y su objetivo es el aumento de la confianza en el interno, y la atribución de responsabilidades. Las fases son tres: socialización, consolidación y confianza, y dentro de las mismas se irá avanzando en la medida que se cumplan determinadas pautas como contar con buena conducta, inclusión en tareas laborales y actividades educativas, y no registrar sanciones.

Luego nos encontramos con el período de prueba, éste es de suma importancia, ya que se trata de un sistema de autogobierno del interno. Se lo ubicará en un régimen abierto o semiabierto, sistemas que se caracterizan por la autodisciplina. Durante este período podrán tramitar las salidas transitorias y la semilibertad, siempre cumpliendo los requisitos establecidos en la ley.

El cuarto y último período, el de la libertad condicional, y el más importante, es aquel donde el juez de ejecución penal podrá otorgarle la misma siempre que se reúnan los requisitos fijados por el Código Penal. Previo al otorgamiento, la unidad de alojamiento del penado deberá remitir al juez, los informes técnico-criminológicos que indiquen el pronóstico individual para la reinserción social del interno.

En este punto, y con relación a la reincidencia, nos encontramos con la imposibilidad de acceder a la libertad condicional por parte de los reincidentes. Pero cabe recordar que esta imposibilidad no tiene ningún efecto sobre el régimen de la libertad asistida, por lo cual los reincidentes pueden acceder a dicho beneficio.

3. La Constitución de la Nación Argentina.

A partir de la reforma de 1994 a nuestra Constitución²¹, que trajo cambios a nivel político como ser acortar el mandato presidencial y permitir la reelección sólo por un período, entre otros, se buscó conceder prioridad legal a los tratados internacionales, incorporar derechos humanos de tercera y cuarta generación. Lo que aquí nos ocupa es el rango constitucional dado a los tratados internacionales.

3.1. El artículo 75 inciso 22.²²

Como dijimos, la reforma a la Carta Magna dio rango constitucional a Tratados de Derechos Humanos, muchos de los cuales establecen pautas sobre las penas y su finalidad. Este hecho produjo diferentes posturas doctrinales en relación a la constitucionalidad de la reincidencia y su relación con la imposibilidad de acceso a la libertad condicional establecida por el art. 14 del Código Penal.²³

Parte de la doctrina sostiene que el art 14 del Código Penal es inconstitucional porque se contrapone al art. 10 inc.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴ y al art. 5 inc.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁵. Han sostenido que la imposibilidad del acceso a la libertad condicional por parte de los reincidentes es contraria a la finalidad de la pena privativa de la libertad y a la función del régimen penitenciario de dar tratamiento a los penados con la finalidad de su reinserción en la sociedad.

El artículo 10 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” y el art. 5 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

²¹ Constitución Nacional Argentina, 1994

²² Art. 75 inc.22, Constitución Nacional

²³ Art. 14 Código Penal

²⁴ Art. 10 inc.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

²⁵ Art. 5 inc2 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969

Es decir, buscar a través del tratamiento penitenciario una reinserción del penado y así lograr que el mismo pueda comprender y respetar las normas de nuestro ordenamiento jurídico.

Arguyen que la reincidencia contraría el derecho que tiene el condenado a ser resocializado. Afirmando que la reincidencia no sólo constituye la aplicación de ius puniendi del Estado enfocado en la personalidad del condenado y no en el delito cometido, sino que es contrario al derecho a la resocialización establecida en los Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁶ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷, en sus respectivos artículos ya mencionados, establecen que la finalidad de las penas privativas de la libertad es la reforma y la readaptación de los condenados a la sociedad.

Otra parte de la doctrina, sostiene que en realidad lo que se busca con la imposibilidad de acceso a la libertad condicional es disuadir a la sociedad para que no delinca. Intenta que los habitantes no cometan delitos y menos que reincidan. Y como sostiene Carrió, si la consecuencia para los reincidentes es no gozar de beneficios que sí se acuerdan para los primarios, la respuesta a esto, hay que encontrarla en el comportamiento del penado, que ha demostrado un permanente interés de no acatar los mandatos del legislador. (Carrió, 2008).

Por otra parte, hacen hincapié en que los reincidentes siempre van a tener la posibilidad de acceder a la libertad asistida, seis meses antes del cumplimiento total de la pena.

4. Conclusión.

En este capítulo hemos analizado los requisitos que exige la ley para que proceda la declaración de reincidencia. También el art. 14 del Código Penal, la Ley N° 24.660 de Ejecución y por último la Constitución Nacional.

²⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos

²⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Como vimos el art. 75 inc.22 de nuestra Constitución Nacional produjo divisiones en la doctrina entre quienes tachan a la reincidencia de inconstitucional y aquellos que sostienen lo contrario.

CAPÍTULO III

JURISPRUDENCIA

1. Introducción

En el presente capítulo abordaremos la reincidencia según la jurisprudencia argentina. Veremos las posturas a favor de cualquier tiempo de cumplimiento parcial de pena y las que sostienen que es necesario un tiempo determinado de cumplimiento parcial de pena.

Cabe aclarar que hay vastísima jurisprudencia sobre la reincidencia y sus distintos aspectos. Como ser su constitucionalidad que, como hemos dicho, ya fue zanjado por la Corte Suprema de Justicia. Otro aspecto que provoca opiniones discordantes es su declaración en la sentencia condenatoria. Es decir, la reincidencia ha sido y es, un instituto muy cuestionado a nivel doctrinario y jurisprudencial.

Pero en este trabajo nos abocaremos a recorrer las distintas posturas jurisprudenciales referidas al cumplimiento parcial de pena.

2. Fallos: postura a favor de cualquier tiempo de cumplimiento parcial de pena.

-En el caso “C., H. D. s/ recurso de casación”, la defensa entre otros petitorios, solicita se deje sin efecto la declaración de reincidencia declarada por el Tribunal en lo Criminal n°2 de Lomas de Zamora. La Sala III del Tribunal de Casación Penal, integrada por los jueces doctores Víctor Horacio Violini y Ricardo Borisnky, no hizo lugar al pedido de la defensa.

El juez doctor Violini señaló que el instituto de la reincidencia fue aplicado correctamente, sosteniendo que se encontraba acreditado el cumplimiento efectivo de pena, privado de la libertad. En relación al breve lapso que el justiciable cumplió pena, el mismo sostuvo que el art. 50 del Código Penal sólo alude al cumplimiento parcial, sin exigir que el condenado haya sido sometido a un régimen de resocialización. Sostuvo también, que la ley tampoco excepciona la procedencia de la declaración cuando ese tratamiento no ha sido recibido, o lo ha sido de modo insuficiente.²⁸

²⁸ Voto del Juez Violini, en fallo “C., H.D. s/ recurso de casación”

También expresó que no se puede, a falta de un plazo expresamente establecido, instaurar como cumplimiento parcial a los dos tercios exigidos para obtener la libertad condicional, ya que ese plazo se ha ligado en forma necesaria a un tratamiento resocializador.²⁹

Como podemos observar, y creemos correcto, no se puede interpretar de la lectura del art. 50 del Código Penal, que como el mismo no establece plazo determinado, exigir que el mismo sea el de dos tercios. Porque estaríamos vinculándolo con el tratamiento penitenciario, que tampoco el artículo mencionado hace referencia al mismo. Es decir, que para la declaración de reincidencia se debe comprobar objetivamente las dos circunstancias que establece el art. 50, el cumplimiento efectivo, aun parcial, de una condena anterior y que el nuevo delito se cometa dentro del término indicado en el artículo mencionado, y que sea punible con pena privativa de la libertad. Nada dice el art. 50 sobre un plazo determinado ni tratamiento penitenciario.

-En el caso “Maizares, Eliana Isabel s/ recurso de casación. La Defensa Pública Oficial de la penada señaló que no se encontraban cumplidos los presupuestos fácticos establecidos para la declaración de reincidencia, porque amén de haber sido condenada con anterioridad, se requiere cumplimiento de pena en establecimiento carcelario. Esto implica que el penado haya recibido tratamiento resocializador y aun así, volver a delinquir. Sosteniendo que en el caso, esto no ocurrió, ya que Maizares estuvo en prisión domiciliaria. La Cámara sostuvo que a los fines de la reincidencia lo imprescindible es que haya cumplido total o parcialmente pena privativa de la libertad, independientemente de la modalidad de su cumplimiento.

Para la aplicación del art. 50 del C.P. no es necesario el sometimiento efectivo a tratamiento carcelario ni haber alcanzado ninguna etapa concreta dentro del mismo.³⁰

En el presente fallo, se confirma nuevamente la necesidad de cumplimiento parcial o total de pena privativa de la libertad, con independencia del tratamiento carcelario. Y creemos que ese es el requisito que debemos cotejar como cumplido, para poder declarar la reincidencia.

²⁹ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, 10.124, 2012

³⁰ Cámara Federal de Casación Penal, fallo “Maizares, Eliana Isabel”, Sala I, 820/18, 2018

- En el caso “Ferreira Alderete, Sergio Mariano / recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa n° 44.362 del Tribunal de Casación Penal, Sala III”, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechaza el recurso extraordinario. El Tribunal de Casación había casado la sentencia condenándolo a la pena de trece años y diez meses de prisión, y ratificó la declaración de reincidencia. La defensa arguyó que el imputado había cumplido sólo seis días de pena, y que por lo tanto, era un caso excepcional con cumplimiento insignificante para la aplicación del art. 50 del Código Penal. Realizó una interpretación de lo que se considera cumplimiento parcial, sosteniendo que el mismo ocurre cuando el reo es sometido al tratamiento que la pena tiene por finalidad en virtud del criterio de reincidencia real y que el mismo, como mínimo, debe ser de la mitad de la condena.³¹

A este planteo el Tribunal de Casación Penal sostuvo que a los fines de la reincidencia lo necesario es contar con el cumplimiento de una condena anterior a pena privativa de la libertad con independencia de su duración. Y que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena. Que cualquier tiempo de cumplimiento de pena es suficiente para considerarla cumplimiento parcial de la misma.

La Suprema Corte de Justicia resolvió rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, fundada en la expresa regulación del Código Penal para el sistema de la reincidencia, que al exigir cumplimiento parcial o total, como clara referencia a la posibilidad de efectuar la declaración en el caso de una condena anterior cumplida parcialmente. Por lo cual no encuentra fundamento realizar interpretaciones para lograr precisar la cantidad de días, meses o años que se necesitan cumplir como condenado, sólo basta que el cumplimiento sea al menos parcial.³²

Nuevamente, nos encontramos con la postura de nuestro máximo Tribunal Provincial, donde claramente establece que no es necesario realizar interpretaciones sobre la cantidad de días de cumplimiento de pena, sólo constatar el cumplimiento parcial de la misma. Creemos que esta es la postura a tener en cuenta a la hora de determinar la reincidencia.

³¹ Tribunal de Casación Penal, Sala III

³² Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, P.115.329, 2014

- En el fallo “Quevedo, Marcelo Ariel s/ recurso de casación, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, casó la sentencia recurrida revocando la declaración de reincidencia. El Asesor Letrado Penal destacó que su asistido nunca cumplió pena ni recibió tratamiento penitenciario ni se le concedió el beneficio de la libertad condicional, por lo que solicitó la revisión de la declaración. La Sala Penal sostuvo que el art. 50 del C.P. establece los presupuestos para la declaración de reincidencia y que en ellos no se hace referencia al tratamiento penitenciario. Hace una referencia a la jurisprudencia de la CSJN, dejando a salvo su postura contraria a la misma, en relación a que para la declaración de reincidencia debe tenerse en cuenta el tiempo de la condena cumplido como penado sin computar el tiempo de detención y prisión preventiva. Que por una razón de economía procesal y por un criterio de justicia material, decide aplicar. Sostuvo que Quevedo, de las constancias de la causa, nunca cumplió pena ni estuvo sometido a tratamiento penitenciario. El encierro sufrido por éste, siempre fue preventivo y que conforme la doctrina de la Corte Suprema, la privación de la libertad a título de prisión preventiva no debe computarse como parte de pena o pena efectivamente cumplida a los efectos de la reincidencia.³³

Aquí también coincidimos con la postura de la Corte Suprema de Justicia en cuanto no debe computarse como pena o pena efectivamente cumplida al tiempo de detención y prisión preventiva. Debemos tener claro que el art. 50 del Código Penal nos habla de cumplimiento parcial o total de pena privativa de la libertad impuesta por un tribunal, por tanto hablamos de la existencia de una sentencia condenatoria. Por lo cual no se puede equiparar el encierro en prisión preventiva a pena cumplida. Y, como sostiene Arnedo, no puede aplicársele pena a quien siendo procesado goza del principio de presunción de inocencia. Sostener que pueda aplicarse pena anticipada, antes de la sentencia que lo condene, es una violación incontrastable a la garantía constitucional del art. 18. (1986).³⁴

-En el caso “Ullua, Walter Leonardo s/ recurso de casación”, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, rechazó el planteo impugnativo. La defensa de Ullua sostuvo que para la declaración de reincidencia, el criterio adecuado es aquel que establece que el condenado cumpla dos tercios de la pena. Interpretando que si la finalidad de la pena es la

³³ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, S 208, 2008

³⁴ El Derecho. Jurisprudencia General, Tomo 119, pág. 524, 1986

resocialización del penado a través de un tratamiento penitenciario y que el fundamento de la reincidencia real es el desprecio que manifiesta por la pena aquel que la ha sufrido, la conclusión es que sólo puede declararse reincidente a aquél a quien el Estado desplegó el tratamiento resocializador por un tiempo que implique algún avance. Por todo esto, es que se inclinó por los dos tercios de la pena como lapso justo para tal declaración, y que Ullua sólo cumplió diecisiete meses de pena con tratamiento penitenciario.

El Tribunal Superior de Justicia señaló que el sistema de reincidencia real depende de comprobar objetivamente dos circunstancias: el cumplimiento total o parcial de una condena anterior y la comisión de un nuevo delito antes de que transcurra el término establecido en el art. 50 del C.P. Por lo cual, de las constancias de la causa Ullua estuvo privado de su libertad en calidad de penado y cumplió de modo efectivo, aunque parcialmente, pena privativa de la libertad.³⁵

En el presente fallo, vemos como la defensa del justiciable interpreta que el desprecio por la pena sufrida tiene relación con el tratamiento resocializador que pudo haber desplegado el Estado. Creemos que no necesariamente esta vinculación es correcta. Creemos que a partir de la firmeza de la sentencia condenatoria, más allá del tratamiento penitenciario, el penado toma real dimensión de su situación, como para poder comenzar a tomar conciencia sobre el delito cometido, y de esta forma elegir entre el desprecio a la pena sufrida y cometer un nuevo delito, o reencausar su vida.

3. Fallos: postura a favor de la necesidad de tiempo determinado de cumplimiento parcial de pena:

-En el fallo “Acosta, César Ariel s/ recurso de casación”, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal resolvió casar la resolución recurrida y dejar sin efecto la declaración de reincidencia. El defensor público de Acosta se agravió sosteniendo una interpretación errónea del art. 50 del C. P., argumentó que el Tribunal Oral Criminal N° 7 de la Capital Federal debería haber adoptado una interpretación de cumplimiento

³⁵ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, S 125, 2012

parcial más adecuada al principio pro homine, como aquella que entiende que existe cumplimiento parcial cuando se ha cumplido dos tercios de la condena en carácter de condenado.

El Juez Sarrabayrouse sostuvo que para resolver la cuestión planteada, era necesario considerar el régimen establecido en la Ley 24.660, donde se consagra el fin resocializador en la ejecución de la pena privativa de la libertad. Se explayó sobre los cuatro períodos en que se divide el régimen penitenciario. Explicó que el último período, el de prueba, exige temporalmente contar con un tercio de la condena. Sostuvo que quien se encuentra en el mismo, avanzó en el tratamiento y que comienza a autogobernarse. Por lo que el art. 50 del C. P. debe interpretarse, en cada caso concreto, y dependerá del análisis de la evolución en el sistema de progresividad del penado, qué etapa alcanzó en él. Y de las constancias de la causa, Acosta nunca alcanzó el período de prueba lo que impide su declaración como reincidente.³⁶

El Juez Niño también sostuvo que no correspondía la declaración de reincidencia, atento a su postura tradicional sobre los criterios a tener en cuenta el juzgador a la hora de aplicar el art. 50 del C.P. Expresando: “ la cuestión central consistiría, una vez más, en tomar partido dentro de las distintas tesituras, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, respecto de qué tiempo de pena privativa de la libertad debe considerarse...,” y continuó diciendo: “ cabe decantarse, por resultar la más restrictiva, aquella que toma como plazo el cumplimiento de los dos tercios de la condena firme- por analogía “in bonam parte” con el art. 13 del Código Penal³⁷-, toda vez que es el que brinda un asidero legal al argumento de la virtual eficacia del cumplimiento de la pena en cuanto a tratamiento”. Por todo lo expuesto, y de los antecedentes de la causa, consideró que el tiempo que permaneció Acosta detenido como condenado, no alcanzó a los dos tercios de encierro de la pena impuesta para la declaración de reincidencia. Por tanto, la Cámara revoca la declaración de reincidencia del justiciable Acosta.³⁸

Como vemos en el presente fallo, se revoca la declaración de reincidencia aunque bajo diferentes argumentos de los señores Jueces, pero que, a nuestro criterio, no debería hacerse foco en la aplicación de la Ley N° 24.660 ya que como venimos sosteniendo, el art. 50 del Código

³⁶ Voto del Juez Sarrabayrouse, en fallo “Acosta, César Ariel” de la Sala II de Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal

³⁷ Voto del Juez Niño, en fallo “Acosta, César Ariel”, de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal

³⁸ Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, 913/2016

Penal nada dice sobre el régimen penitenciario, ni sobre qué período del mismo debe estar cumplido. También, a nuestro entender, tomar como plazo de cumplimiento los dos tercios de la pena sería, prácticamente, eliminar la reincidencia.

- El fallo “Bordón, Eduardo s/ recurso de apelación” de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario de la provincia de Santa Fe. La defensa apela la declaración de reincidencia de su defendido, argumentando que el mismo no había cumplido pena como penado. Ya que sólo en una de ellas, la había cumplido en prisión domiciliaria. Sostuvo que sólo estuvo bajo esta modalidad durante 28 días de una pena de tres meses, por lo que no llegó a cumplir los dos tercios que requiere la reincidencia real.

La Cámara resolvió revocar la declaración de reincidencia, pero no bajo el argumento de la defensa que hacía referencia al cumplimiento de las dos terceras partes de la pena. El argumento de los camaristas se basó en una cuestión de proporcionalidad. Correspondencia que debe existir entre el tiempo cumplido y la pena. Por lo tanto el cumplimiento efectivo de 28 días de una pena de 3 meses, no puede considerarse cumplimiento parcial de pena.³⁹

En el fallo precedente, vemos a partir del argumento defensorista la postura que sostiene que la prisión domiciliaria no puede considerarse cumplimiento de pena y el argumento de la necesidad de cumplimiento de los dos tercios de pena. Argumento este, que no compartimos pues es nuestra postura afirmar que la prisión domiciliaria es cumplimiento de pena. Se trata de un encierro bajo determinadas condiciones y con supervisión.

De otro costado, tampoco coincidimos con la resolución de la Cámara en cuanto a que es una cuestión de proporcionalidad entre el tiempo cumplido y la pena. Sostenemos que el art. 50 sólo habla de cumplimiento parcial o total, sin establecer un plazo mínimo.

- El fallo “C., R.F. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. La Sala III del Tribunal de Casación Penal de

³⁹ Fallo “Bordón, Eduardo”, Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario

la provincia rechazó por improcedente el recurso interpuesto contra la sentencia que condenaba a R. C. F., a la pena única de nueve años de prisión con más la declaración de reincidencia. Entendiendo que el imputado fue excarcelado en tiempo de libertad condicional antes que la sentencia quedara firme, pero entre dicha firmeza y el vencimiento de la pena, la misma se terminó de cumplir bajo el instituto de la libertad condicional. Por lo cual el justiciable cumplió parte de la pena en libertad condicional.⁴⁰

La Suprema Corte de Justicia, con el voto de la jueza doctora Kogan, sostuvo que en el caso el imputado no obtuvo la libertad condicional como consecuencia de la progresividad en la ejecución de la pena, sino que fue en carácter cautelar. O sea, nunca sufrió encierro en calidad de penado. Sostuvo también, que la doctrina mayoritaria considera la libertad condicional como una fase de la ejecución de la pena que se da en un estado de libertad condicionada y que para otra postura este instituto es una suspensión condicional del encierro que se cumple como pena pero que no forma parte de la ejecución de la misma.⁴¹

Por lo que, independientemente del criterio que se adopte, la solución es la misma. Sea que la libertad condicional es el último peldaño en la ejecución de la pena o que se considere que no forma parte de la misma – por suspensión o por reducción- todas coinciden en que la libertad condicional pone punto final al encierro.

También hace referencia a la Cámara Nacional de Casación Penal, que sus diversas salas destacaron que corresponde dejar sin efecto la declaración de reincidencia fundada en el cumplimiento de pena bajo la modalidad de libertad condicional.

En el presente fallo, vemos como la Sala III del Tribunal de Casación Penal se apartó de su doctrina plenaria de no computar el tiempo de detención en prisión preventiva para la declaración de reincidencia, sosteniendo que el tiempo en libertad condicional abastecía el requisito del art. 50 del Código Penal. Y por otro lado, la postura de la Suprema Corte provincial que sostiene que el cumplimiento de pena bajo libertad condicional, sin haber sufrido encierro en calidad de penado, no puede considerarse cumplimiento ni parcial ni total de pena a los efectos de declarar la reincidencia.

⁴⁰ Fallo “C., F.R.. s/ recurso extraordinario”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, P. 104.507, 2009

⁴¹ Voto de la Jueza Kogan, en fallo C., F.R. s/ recurso extraordinario”

- En el fallo “Ramirez, Walter s/ recurso de apelación”, de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario provincia de Santa Fe⁴², la defensa interpuso recurso de apelación ya que consideraba que no correspondía la declaración de reincidente. El justiciable fue condenado a una pena de 10 años de prisión, por un delito cometido en agosto de 2015. Con anterioridad a éste, ya había sido condenado y se le había concedido la libertad asistida seis meses antes del agotamiento de la pena que operó en abril de 2015. El argumento defensorista se basó en que sólo había cumplido pena efectiva por el lapso de 1 mes y 19 días, que el tiempo transcurrido en libertad asistida no debía computarse como de cumplimiento parcial de pena. Por tanto el tiempo transcurrido en encierro efectivo era insuficiente, amén de haber estado alojado en comisaría.

La Cámara, en el voto de la jueza doctora Lurati sostuvo que debía computarse el tiempo transcurrido en libertad asistida como de cumplimiento de pena. Pero más allá de computarse el tiempo en libertad asistida, éste no alcanzaba a un tercio de la pena impuesta. Votó por revocar la declaración de reincidencia. Con lo cual marca su postura a favor de considerar como cumplimiento parcial de pena al menos un tercio de la misma.⁴³

Por su parte, el juez doctor Ivaldi Artacho, arribó a la misma conclusión que la jueza pero su argumento fue diferente. Sostuvo que el art. 50 del C.P. exige cumplimiento total o parcial de pena privativa de la libertad efectiva en carácter de condenado, por lo que es insuficiente el cumplimiento de pena exclusivamente bajo alguna modalidad de libertad anticipada. Demostró de esta manera su postura de no considerar la libertad asistida o condicional como cumplimiento efectivo de pena. Afirmó también, que es necesario un tiempo mínimo de cumplimiento de pena que haga posible tomar conciencia al reo que cumplió pena durante el encarcelamiento sufrido. Sostuvo entonces que a su criterio es necesario como plazo mínimo de cumplimiento de pena de tres meses. Consideró que en ese lapso de tiempo ya se realizó el cómputo de la pena y que el justiciable se encuentra a disposición del Juzgado de Ejecución correspondiente, y con ello el comienzo del tratamiento penitenciario. Por todo lo anteriormente argumentado, votó por revocar la declaración de reincidencia⁴⁴.

⁴² Fallo “ Ramirez, Walter A. s/ recurso de apelación”, Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Santa fe, 137/2017

⁴³ Voto de la jueza Lurati, en fallo “Ramirez, Walter A. s/ recurso de apelación”

⁴⁴ Voto del juez Ivaldi Artacho, en fallo “Ramirez, Walter A. s/ recurso de apelación”

Así, la Cámara de Apelaciones falló por la revocación de la declaración de reincidencia de Ramirez, más allá de que los jueces integrantes de la misma, argumentaron de manera diferente en cuanto a que debe considerarse tiempo mínimo de cumplimiento de pena.⁴⁵

4. Postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Como ya hemos dicho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció por la constitucionalidad de la reincidencia. Pero no definió con tanta claridad la cuestión que se suscita para determinar cuánto es el tiempo de encierro necesario para considerar cumplimiento parcial de pena que implique la procedencia de la declaración de reincidencia.⁴⁶

- En “Mannini” la Corte dejó claro que el tiempo de encierro cautelar no puede considerarse como cumplimiento de pena a los fines de la declaración de reincidente.⁴⁷

- En el caso “Gómez Dávalos”, sostuvo que la reincidencia se sostiene en el desprecio que manifiesta por la pena quien, habiéndola sufrido antes, vuelve a delinquir. Que lo realmente importante en este sentido es que el sujeto haya experimentado el encierro que significa la condena, y aun así, reincide en el delito demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza cuyo alcance ya conoce.

En relación a si era necesario contemplar el plazo de los dos tercios de la pena, sostuvo que, más allá de que la norma no impone un plazo mínimo por lo que el intérprete puede estimarlo, no comparte la posición que establece los dos tercios de pena porque equivaldría a eliminar la reincidencia de nuestro ordenamiento jurídico. Explicó que si para la concesión de la libertad condicional el reo debe cumplir dos tercios de la pena, en la que se computa el tiempo de detención y de prisión preventiva, resultaría casi imposible aplicar un tratamiento penitenciario superior a los dos tercios, ya que este sólo podría comenzar a partir de la condena firme. Por lo tanto antes de que se agotara ese período el justiciable ya habría recuperado su libertad en

⁴⁵Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Santa Fe

⁴⁶ CSJN

⁴⁷ Fallo “Mannini”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 330: 4476

función del art. 13 del Código Penal. Sostuvo también que esta consecuencia no ha sido querida por el legislador, que de haber sido así, hubiera suprimido la reincidencia.⁴⁸

En el presente fallo, vemos claramente la postura de la Corte Suprema en cuanto a que no exige un tiempo determinado de cumplimiento efectivo de pena privativa de la libertad. Y que hace foco en el desprecio manifiesto de quien habiendo sufrido pena, delinque nuevamente. Creemos que este es quid de la cuestión, ya que como hemos dicho, el legislador nada dice sobre el quantum de cumplimiento efectivo, ni de tratamiento penitenciario, sólo hace referencia a cumplimiento parcial o total. Esto nos lleva a pensar, que como dijo nuestro máximo Tribunal, lo importante es el desprecio manifestado con dicho actuar.

- En el caso “Gelabert”, la Corte sostuvo que basta con el dato objetivo de la reincidencia con independencia de su duración, reiterando y remitiendo a lo sostenido en “Gómez Dávalos”.⁴⁹ Es decir, no impone un plazo mínimo, pero al remitirnos al fallo mencionado, no debemos olvidar lo allí expresado por la Corte. Sostener que el tiempo necesario es el de dos tercios de la pena equivaldría a eliminar la reincidencia de nuestro ordenamiento jurídico.

En este fallo, nuevamente la Corte confirma lo dicho con anterioridad. Y reafirma que es imposible sostener que el tiempo necesario es el de dos tercios de la pena. Este último punto, es una realidad a todas luces, si así hubiera sido la voluntad del legislador, la reincidencia habría sido eliminada de nuestro ordenamiento jurídico.

- En “L’Éveque”, señaló que “la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe que el sujeto 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

⁴⁸ Fallo “Gómez Dávalos, Sinforiano”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 308:1938, 1986

⁴⁹ Fallo “Gelabert”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo 311:1209, 1988

mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito”.⁵⁰

En fallo precedente, la Corte pone el acento en el mayor grado de culpabilidad del sujeto, estableciendo que la mayor severidad no se relaciona con el delito anterior, sino con el desprecio manifestado por la pena al delinquir nuevamente.

5. Conclusión

En el presente capítulo hemos realizado una recorrida por distintos fallos, que nos demuestran la dificultad que encontramos en poder llegar a una única interpretación del significado de cumplimiento parcial de pena.

Recorrimos posturas que van desde cualquier tiempo de cumplimiento hasta aquel que sostiene el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena.

No debemos soslayar la opinión de nuestro más Alto Tribunal, que aunque no estableció un término, sí dijo que lo importante es el desprecio que manifiesta quien habiendo sufrido la pena, recae en el delito.

⁵⁰ Fallo “L’Éveque”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo 311:1452, 1988

CAPÍTULO IV
CONCLUSIÓN FINAL

1. Conclusión Final

En el presente trabajo tuvimos como objetivo principal analizar el instituto de la reincidencia, recorriendo las distintas teorías que intentan fundamentarlas, para finalmente llegar a la conclusión de que para declarar la reincidencia no es necesario ningún tiempo de cumplimiento específico, sino la mera comprobación de los requisitos que establece el art. 50 del Código Penal.

A partir de esa recorrida, pudimos ver que dependiendo del punto de partida que creamos sea el fundamento de la misma, distinta será la solución al dilema de interpretar el término cumplimiento parcial de pena.

Así, si creemos que su fundamento es la prevención especial, partiremos de la insuficiencia de la pena sufrida para evitar la comisión de un nuevo delito. Por lo tanto, casi con seguridad diremos que es necesario tener en cuenta el tratamiento penitenciario recibido, el período de tratamiento en que se encuentra el penado, si ha podido ser evaluado para contar con un informe del servicio penitenciario en el que conste la conducta del mismo, si ha sido sancionado, etc. Por tanto, deberemos evaluar en cuál de los períodos del régimen penitenciario se encuentra y además establecer en cuál de ellos se plasma el mayor contenido preventivo especial. A esto, podemos concluir que será el ingreso al período de prueba, ya que en el período de observación, que como el nombre lo dice, el interno es observado y se define el tratamiento a aplicar. En el período de tratamiento, se aplica el contenido preventivo especial antes mencionado, y cuando ya se establece el paso al período de prueba podemos decir que hubo tratamiento penitenciario.

Y dentro de esta postura, podremos sostener que es necesario el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena, u otro plazo diferente de acuerdo a lo que creamos que se debe tener en cuenta.

Más allá de que reconozcamos que las penas privativas de la libertad tienen como finalidad la reforma y la readaptación de los penados, y que esto tiene rango constitucional en nuestro país, ello no obsta aceptar que no podemos confundir el tratamiento penitenciario con el cumplimiento de la pena que, como sostiene Laje Anaya (1996), consiste en estar privado de la

libertad. Y no debemos olvidar que si creemos que la reincidencia es la consecuencia del fracaso del tratamiento penitenciario y de la finalidad resocializadora, estaríamos pensando que la voluntad del penado no tiene ninguna injerencia, es decir, que sólo a través del tratamiento, el justiciable puede tomar real dimensión de su situación, de su accionar, de sus decisiones. Creemos que esto sería subestimar al individuo, como sujeto con voluntad y discernimiento, que le permita dirigir sus actos. Creemos que se le debe ofrecer todo el tratamiento posible pero, en última instancia, será él el que valorará lo ofrecido por el Estado y decidirá qué camino tomar en libertad.

Ahora si nuestra postura es la de mayor culpabilidad del reincidente, probablemente hagamos foco en el desprecio demostrado por el reo a la pena ya sufrida volviendo a delinquir. Como vemos el justiciable experimentó el encierro y aun así reincide.

Creemos que este es el fundamento que tiene mayor relevancia al momento de expresar nuestra postura frente a la reincidencia. Sostenemos que el penado que sufrió la pena, que experimentó el encierro más allá del tiempo que el mismo duró, comete un nuevo delito, debe ser declarado reincidente. Y como ya dijimos en otra oportunidad, desde el momento que la sentencia queda firme, el justiciable toma real dimensión de lo que significa ser condenado.

Sostenemos que no dejamos de tener presente la finalidad resocializadora de las penas privativas de la libertad, pero creemos que el cumplimiento de pena consiste en estar privado de la libertad. Podemos decir que el tratamiento penitenciario es importante, y es necesario ofrecerle al penado la posibilidad de acceder a estudiar y trabajar durante su vida penitenciaria, pero debemos tener en claro que no nos asegurará la no reincidencia.

Y en este punto desearía hacer un paréntesis para adentrarme en una cuestión que tiene que ver más con una cuestión empírica que teórica. Me desempeño laboralmente en un Juzgado de Ejecución Penal en la Provincia de Buenos Aires, por lo cual, tengo contacto diario con causas que me permiten sostener que el tratamiento penitenciario, que es fundamental, no siempre nos asegura que los justiciables no cometan nuevos delitos. He visto infinidad de casos, en los que los penados fueron progresando dentro del tratamiento penitenciario, cumpliendo con todos los requisitos, estudiando y trabajando dentro de la unidad en la que se encontraban alojados, con conducta ejemplar, sin sanciones, es decir con todo lo necesario para poder acceder ya sea a un

escalón superior en el régimen autogestivo o, dados los requisitos, a la libertad condicional. Y dentro de todos estos casos, existen muchos que, lamentablemente, reinciden en el delito. Entonces debemos preguntarnos, en especial quienes sostienen que es fundamental el haber estado incluido en tratamiento penitenciario para poder declararlo reincidente, ¿Nos asegura el tratamiento penitenciario la no recaída en el delito? Definitivamente, la respuesta es no.

Desde el Estado, es necesario respetar los principios constitucionales, poner en práctica la ley de ejecución de penas privativas de la libertad, garantizarle a los penados todas las oportunidades de tratamiento penitenciario, pero nada nos asegurará la no reincidencia. Por tanto, creemos que el fundamento de la misma lo encontramos en la mayor culpabilidad del reo.

Por lo tanto, tomando postura sobre el fundamento de la reincidencia, queda muy claro que cuando el art. 50 del Código Penal impone el cumplimiento parcial o total de pena, está haciendo referencia al cumplimiento de una pena que no es ni más ni menos que estar privado de la libertad.

Y como sostiene Donna (2003) para aplicar el art. 50 del Código Penal no se necesita estar sometido a tratamiento penitenciario, sólo es necesario que el reo haya experimentado y entendido que el encierro, la privación de la libertad sufrida, fue la consecuencia de una sentencia condenatoria.

Tampoco creemos en la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal al prohibir la concesión de la libertad condicional a los reincidentes. Partimos de la premisa que por regla general las penas deben cumplirse en su totalidad y que el beneficio de la libertad condicional, puede ser otorgado bajo ciertos requisitos. Así como la ley exige el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena para el otorgamiento de dicho beneficio, el legislador también estableció que dicho beneficio no correspondía otorgárselo a los reincidentes. Y como ya hemos dicho, en búsqueda de una oportunidad de libertad anticipada, los reincidentes cuentan con la posibilidad del otorgamiento de la libertad asistida.

Por todo lo expuesto, nuestra postura, partiendo de concebirla a partir de la mayor culpabilidad del penado, que sufrió pena y aun así, elige libremente volver a delinquir, debe ser declarado reincidente. Y con esto sostenemos que no es necesario el cumplimiento de

determinado tiempo de pena, ni tratamiento penitenciario alguno. Con el sólo hecho de comprobar un cumplimiento parcial de pena como condenado, debe declarárselo reincidente.

Bibliografía

Listado de bibliografía

1.1 Doctrina

Alderete Lobo R.A. (2007). *La Libertad Condicional en el Código Penal Argentino*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Arnedo M.A. *La declaración de reincidencia y el cumplimiento de pena según el nuevo artículo 50 del código penal*. El Derecho. Jurisprudencia General. Tomo 119. Buenos Aires, 1986. Universitas.

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. 2° edición. Buenos Aires: Hammurabi

Breglia Arias o. *La reincidencia en la reforma de la ley 23.057*. Jurisprudencia Argentina, JA 1985-I. Buenos Aires.

Carrió A. D. (2008). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 5° ed. 2° reimp. Buenos Aires: Hammurabi

Donna, de la Fuente, Maiza et Piña. (2003). *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

García L.M. (2005). *Reincidencia y punibilidad*. 1° reimp. Buenos Aires: Edit. Astrea.

Laje Anaya & Gavier, (1996). *Notas al Código Penal Argentino*. Tomo I Parte General. 1° reimp. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.

Zaffaroni, Alagia et Slokar. (2010). *Manual de Derecho Penal- Parte General*. 2° Ed. 4° reimp. Buenos Aires: Ediar.

1.2 Legislación

Código Penal, arts. 13, 41, 50 y 52. (1921)

Constitución de la Nación Argentina, art. 75 inc.22. (1994)

Ley N° 23.057 modif. Arts. 26, 27, 50, a 53 del Código Penal. (1984)

Ley N° 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad, arts. 1 y 12. (1996)

Ley Penitenciaria Nacional, Decreto Ley 412/58. (1958)

Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5 inc.2

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10 inc.3

1.3 Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, “Bordón, Eduardo s/ recurso de apelación”.

Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, “Ramirez, Walter s/ recurso de apelación”, 137/2017.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, “Maizares, Eliana Isabel s/ recurso de casación”, 27 de agosto de 2018. 820/18.

Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, “Acosta, César Ariel s/ recurso de casación”, 14 de noviembre de 2016, 913/2016. Publicado en: http://www.pensamientopenal.com.ar/buscar?search_api_views_fulltexts=reincidencia&page=6 &op=

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gelabert, Eduardo s/ robo con armas”, 7 de julio de 1988. Fallos: 311:1209.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gómez Davalos, Sinfioriano s/ Recurso de revisión”, 16 de octubre de 1986. Fallos: 308:1938.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “L’Éveque, Ramón R.”, 16 de agosto de 1988. Fallos: 311: 1451.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mannini, Andrés Sebastián”, 17 de octubre de 2007. Fallos: 330: 4476.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Ferreira Alderete, Sergio Mariano. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 10 de septiembre de 2014. Publicado en: www.scba.gob.ar.

Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala III, “C., H.D. s/ recurso de casación”, 10.124.2012.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, “Quevedo, Marcelo Ariel s/ Recurso de Casación”, 13 de agosto de 2008. 208. Publicado en: www.justiciacordoba.gob.ar.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, “Ullua, Walter Leonardo s/ Recurso de Casación”, 1 de junio de 2012. Publicado en: www.justiciacordoba.gob.ar.

1.4 Páginas de internet

www.pensamientopenal.com.ar

www.scba.gob.ar

www.justiciacordoba.gob.ar

