

Derechos Fundamentales y su relación con el Instituto de la Reincidencia regulado en el Código Penal Argentino

■ Por Marcelo Roberto Buigo

Abogado. Profesor Adjunto del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho. UBA.

[www.urbeetius.org]

El presente trabajo tiene como objetivo demostrar que el instituto de la reincidencia regulado en los arts. 50, 52, 53 y 14 del Código Penal de la Nación, afecta derechos fundamentales de las personas que son condenadas como consecuencia de la comisión de delitos.

En efecto, la prohibición de doble persecución penal (ne bis in idem) y el principio de culpabilidad por el hecho, que son garantías constitucionales previstas en los arts. 18 de la C.N. y por los tratados internacionales incorporados a la ley fundamental por su art. 75, inc. 22 resultan seriamente afectados por la regulación del instituto de la reincidencia.

De ello se desprende que los derechos de la per-

sona a no ser perseguida dos veces por un mismo hecho y de ser condenada sólo en razón de su propia acción -cuya contrapartida son las garantías apuntadas-, no son respetados por la regulación legal del instituto en cuestión.

Pero hay más aún, pues a partir de la reforma constitucional de 1994 la reinserción social como finalidad de la pena privativa de libertad, tiene rango constitucional.

Y ello es asi toda vez que, como es sabido, la mencionada reforma introdujo a través del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional los tratados internacionales de derechos humanos a los que le otorgó jerarquía constitucional.

Por ello y teniendo en cuenta que la Convención



Americana de Derechos Humanos, en su art. 5º (Derecho a la Integridad Personal) establece que "Las penas privativas de la libertad tienen como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados", y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 10, ap. 3º prescribe que "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados", y que dicho tratamiento de reinserción social al que aluden los instrumentos internacionales sólo puede cumplirse a través de un sistema progresivo de cumplimiento de la pena de la ma-nera que lo establece la ley 24.660, es evidente que el instituto de la reincidencia en cuanto prescribe que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes impide llevar adelante dichos fin de reinserción social que requiere para ser efectivo una última etapa de cumplimiento de la pena en libertad.

Y si bien es cierto que dicha norma mantiene su vigencia desde la sanción del Código Penal (1921) y que sólo algunos fallos aislados -como se verá- analizaron y decretaron su inconstitucionalidad, entiendo que a partir de la reforma de 1994 debe analizarse la cuestión en el marco del Estado Constitucional de Derecho, lo que presupone interpretar las normas positivas a la luz de los principios constitucionales.

En efecto, "la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no sólo es condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. Podemos llamar modelo o sistema garantista, por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica". 1

Y ello lleva a que en el plano de la teoría de la

interpretación y aplicación de la ley se incorpore una redefinición del papel del Juez, porque "la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución". "...la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al Juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas....nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad".

Es en ese marco constitucional en el que, entiendo, debe analizarse la cuestión que no ocupa.

Seguidamente, me referiré en primer lugar al concepto de prohibición de doble juzgamiento, luego, a los fundamentos que se han esgrimido para justificar el mayor rigor punitivo con los reincidentes y por último a la finalidad de la pena y su rango constitucional.

Ne bis in idem

El principio NE BIS IN IDEM, hasta la reforma de 1994, no estaba expresamente citado en la Constitución Nacional, surgía del contexto y de los principios generales que alientan a dicha norma fundamental, sobre todo las declaraciones, derechos y garantías. 3

Las constituciones provinciales, en cambio disponían sobre la materia con fórmulas variadas, y los Códigos Procesales Penales contienen el principio.

La Corte Suprema, al par de reconocerle rango constitucional, asevera que no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra, mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho, agravio no redimible aún con el dictado de una ulterior sentencia absolutoria.4

Ahora bien, con la modificación de la Constitución Nacional en el año 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) el principio "ne bis in idem" se encuentra previsto expresamente en nuestro derecho (art. 14, inc. 7º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y art. 8º, inc. 4º de la Convención Americana sobre Derechos

revista de opinión

Humanos).

A fin de acercarnos al concepto, diremos que esta garantía constitucional hace referencia a que una persona no puede ser perseguida más de una vez por un hecho que se considere delictivo.

Desde el punto de vista real u objetivo, el principio atrapa el hecho en su materialidad, sin tener en cuenta la significación jurídica.⁵

Beling sostiene que "debe rechazarse como ineficaz una segunda querella, ya que dos procesos sobre un mismo objeto son evidentemente inconvenientes y llevan anejo, además, el peligro de dos resoluciones contradictorias.⁶

Según Maier se alude al principio mediante dos formas lenguísticas de diversa extensión. Una de ellas se refiere sólo a la reacción penal material, a la consecuencia de la perpetración de un hecho punible, llámese condena, pena o castigo. La fórmula de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania art. 103 III, apunta claramente a esta limitación: "Nadie puede ser penado varias veces por el mismo hecho...".⁷

La segunda fórmula lenguística, siguiendo al autor citado, de alcance más vasto impide la múltiple persecución penal; se extiende por ello como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal; por esa razón, tiene también sentido procesal y cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún esté en trámite. En general todas las normas que establecen el principio en la legislación argentina tienen este alcance.⁸

Por lo demás es claro que la fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal, declarando inadmisible tanto el regreso sobre una persecución penal ya agotada, cuanto la persecución penal simultánea ante distintas autoridades, y no tan solo por razones meramente formales relativas a cuestiones de competencia.

La utilización por las distintas constituciones y leyes procesales de nombres diferentes para aludir al destinatario ("perseguido penalmente", "perseguido judicialmente", "procesado" "encausado") ha dado pie a la discusión porque, para poner un ejemplo una norma que haga referencia al "procesado", podría dejar fuera de la protección del principio a quien fuera imputado de un delito y aún no haya sido procesado.

La doctrina nacional ha hecho caso omiso de las palabras diversas utilizadas para definir el principio, observando que la ley argentina lo que pretende es proteger a cualquier imputado (concebido como aquél indicado, con o sin fundamento, como autor de un delito o partícipe de él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal. Las leyes procesales penales, por lo demás, han dado razón a este punto de vista, que representa el mayor alcance del principio, pues desconocen el recurso de revisión en contra del imputado y regulan siempre las excepciones de cosa juzgada y litispendencia, oponibles desde el comienzo del procedimiento. 9

Por otra parte debemos determinar cuando existe persecución penal múltiple. En tal sentido Maier se refiere a la IDENTIDAD DE LA PERSONA PERSEGUIDA e IDENTIDAD DEL OBJETO DE LA PERSECUCION y las define de la siguiente manera; Identidad personal: El principio representa una garantía a la seguridad individual. Por lo tanto, sólo ampara a la persona que, perseguida penalmente, haya o no recaído sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, vuelve a ser perseguida en otro procedimiento penal, que tiene por objeto la imputación del mismo hecho. La garantía no se extiende a otra persona que no haya sido perseguida penalmente, cualquiera sea la solución del caso; Identidad objetiva: La imputación tiene que ser idéntica, y la imputación es idéntica cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona. Se mira el hecho como acontecimiento real, que sucede en un lugar y



en un momento o período determinados, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal bajo una valoración distinta de la anterior.

Cuando hablamos de un acontecimiento real, por \$\big|\$ 2. Reincidencia. Concepto. tanto, no nos referimos, necesariamente a un hecho verificado, sino tan solo atribuido como existente, concreto e históricamente sucedido esto es, hipotéticamente afirmado como real. Dos objetos procesales son idénticos y no permiten persecuciones penales distintas, simultáneas o sucesivas, cuando la imputación consiste en la misma acción u omisión concreta, aún cuando solo afirmadas hipotéticamente como ciertas.10

Debe tratarse así, sostiene el autor citado, de la misma acción u omisión humanas, imputada dos o mas veces. Se explica, acertadamente, que ello sucede cuando permanece la misma IDEA BASICA tras la múltiple imputación, una fórmula sintética y sencilla para resolver posibles casos conflictivos. Ella hace referencia a un único comportamiento básico como objeto de cognición y decisión en varios procesos, aunque alguno de ellos prediquen más elementos o circunstancias de ese comportamiento central, que en el otro.

Lo mismo sucede cuando el ordenamiento penal sanciona conductas que pueden ser ejecutadas con dolo o con culpa. No es posible perseguir penalmente otra vez, bajo la excusa de que el comportamiento, históricamente único, se imputa ahora bajo una forma subjetiva distinta.

Los remedios que la ley procesal contiene para evitar el doble juzgamiento son dos: si se intenta perseguir nuevamente a quien ya fue absuelto o condenado por el mismo hecho punible en otro procedimiento, tal inobservancia debe denunciarse por la vía de una excepción, ordinariamente denominada "cosa juzgada". En cambio si se intenta perseguir a alguien, que ya está siendo perseguido por el mismo hecho, existe litispendencia y también una excepción para invocarla. La litispendencia planteará ordinariamente una cuestión de competencia, pues uno sólo, entre los varios tribunales u órganos que tramitan la persecución penal, es el que proseguir el procedimiento.

Señalados sucintamente el concepto del principio del ne bis in idem y sus características más importantes, corresponde a hora abordar el tema de la reincidencia.

El problema de la reincidencia es uno de los más debatidos en materia penal. Reincidencia significa "recaida", y siguiendo esto es fácil concluir que la reincidencia es una forma de reiteración del delito. La reiteración sería el género y la reincidencia la especie.

Zaffaroni dice que la reincidencia es una forma de reiteración del delito, es decir que la reiteración es el género y la reincidencia la especie. Es reincidente el reiterante que comete un nuevo delito después de una sentencia definitiva, siendo esta la idea general que campea en toda la legislación comparada.

Latagliatta" sostiene que la definición dogmática de la reiteración está extraída de la idea del concurso material de delitos, impregnada de un significado atécnico equivalente a repetición del ilícito. Cita a Puglia: "la reiteración constituye el llamado concurso real de delitos, y presupone las siguientes condiciones: 1) pluralidad de delitos; 2) que estos sean delitos no solo distintos, sino también independientes el uno del otro, tanto psicológica como objetivamente; 3) que hayan sido cometidos por la misma persona.

Lattagliatta destaca la pertenencia de la reincidencia al género que es la reiteración criminosa y dice que en un segundo momento se determina la autonomía conceptual de aquella cuando se destaca la diferencia específica. Para ello cita a Maggiore, quien sostiene que la reincidencia es "un aspecto del concurso de delitos, con esta diferencia: que en el simple concurso hay una persona llamada a responder de múltiples delitos sin que por alguno de ellos haya recaído condena, mientras que la reincidencia presupone que por uno o más delitos anteriores ha sobrevenido condena irrevocable".

La reincidencia puede ser genérica o específica y real, o ficta. Es genérica cuando los delitos cuya reiteración se presupone pueden ser de distinta especie, y es específica cuando los delitos deben ser de la misma especie. Se habla de reincidencia real cuando se exige que el sujeto haya cumplido efectivamente la pena anterior, y de reincidencia ficta cuando basta con que haya sido condenado en forma. A partir de la reforma de la ley 23.057 nuestro sistema pasó a ser de reincidencia real.

de opinión

Corresponde ahora que hagamos referencia a los fundamentos que se han utilizado para justificar la agravación de la pena en caso de reincidencia, pues es esta la cuestión que nos va a permitir relacionar el tema de la reincidencia con el principio ne bis in idem.

3. Fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales a favor y en contra de la mayor punición al reincidente.

Cuando el sujeto que habiendo sido condenado vuelve a delinquir provoca, lo que los autores antiguos llamaban el "daño político", que no es otra cosa, como sostiene Zaffaroni, que la alarma social originada por el desmedro que sufre el derecho como proveedor de la seguridad jurídica.

Sostiene Zaffaroni que el planteamiento del tema de la reincidencia no debe hacerse en atención a la personalidad del autor, sino a su conducta.

Lo cierto es que la naturaleza y fundamentación de la agravación de la pena por reincidencia dista de ser pacifica.

Por ello entiendo que sería ilustrativo, recorrer las distintas posiciones brevemente, para ir acercándonos a lo que será la conclusión del tema que se expone.

Zanardelli con su teoría de la mayor alarma social sostiene que el fundamento del aumento de pena por reincidencia es la mayor alarma social que produce el que ha delinquido varias veces. La circunstancia subjetiva de la especial perversidad del agente se convierte en circunstan-

cia objetiva del delito, haciendo crecer el temor ante el pernicioso ejemplo de su obstinado desprecio por la ley.¹²

La crítica que se le hace a esta posición es que la alarma social puede o no producirse; la vida en sociedad es el mejor ejemplo de que ese es un dato extrínseco y variable. De ningún modo constituye una constante por lo que no se puede fundar la agravación en el dato extrínseco del temor social que produce el reincidente. ¹³

Es la posición aceptada en su tratado por Zaffaroni en cuanto sostiene que "es aplicable a nuestro sistema
la tesis de que la reincidencia y el concurso real calificado
agravan el hecho, en razón de la mayor alarma social que
es capaz de provocar la conducta de quien ya ha sido
advertido con una sentencia condenatoria, o la pluralidad
de conductas que excede cierto límite numérico y cualitativo"¹⁴

No se me escapa que actualmente Zaffaroni sostiene que ha llegado a la conclusión de que cualquier agravación penal en razón de la reincidencia - no sólo en cuanto a la escala penal, sino también en cuanto a la privación de cualquier beneficio establecido en la ley- es inconstitucional. No encuentro, dice Zaffaroni, argumento alguno que sea idóneo para proporcionar a la reincidencia un fundamento que eluda la objeción fundada en la violación al principio ne bis in idem. (Zaffaroni, Eugenio Raúl, "La reforma penal en materia de reincidencia y condenación condicional", Doctrina Penal - Año 7, 1984, p g. 361). Pero este tema lo trataré, más adelante pues es el meollo de la cuestión.

Carrara esboza su teoría de la insuficiencia relativa de la pena anterior. Sostiene que no se puede afirmar que, a causa de la reincidencia, se aumente la cantidad del segundo delito, pues ella no es ningún motivo para aumentar la imputación. Se afirma que el reo ha saldado ya la primera partida, y sería injusto ponérsela en cuenta por segunda vez. En vano los moralistas declaman contra la mayor perversidad del reincidente, pues el derecho penal, juez competente de la maldad de un acto, no puede mirar a la maldad del hombre, sino traspasando sus limites. ¹⁵



De manera que la única razón aceptable para aumentar la pena al reincidente consiste en la insuficiencia relativa de la pena ordinaria; y esta insuficiencia la demuestra el reo mismo con su propio hecho, es decir, con la prueba positiva que resulta de su desprecio a la primera pena.

Carrara presume la insuficiencia relativa de la fuerza objetiva de la pena a causa de la insensibilidad que ante el castigo sufrido muestra el delincuente, el aumento de pena se basa en la mayor insensibilidad.

Dice Zaffaroni que Carrara llevaba así al autor al centro del planteamiento, pero al par que desvinculaba a la pena del delito subordinándola a circunstancias extrañas al mismo.16

La insuficiencia relativa de la pena ordinaria tampoco es un dato seguro porque la pena pudo ser insuficiente para el delito anterior y no para el actual.

Para los partidarios de la escuela positiva el tratamiento de la reincidencia se basa en la necesidad de defensa de la sociedad frente al individuo que con su actividad demuestra una mayor peligrosidad que el delincuente primario.

Los autores de esta escuela al sostener que la reincidencia determina una agravación del segundo delito por la mayor peligrosidad del reincidente, coinciden en su postulado fundamental según el cual el presupuesto de toda sanción penal es la peligrosidad del delincuente y no su culpabilidad.17

Zaffaroni sostiene que en la doctrina nacional impera el criterio de que la agravación de la pena responde a un mayor grado de peligrosidad18. Hemos dicho que la peligrosidad es, fundamentalmente, una característica que presenta una persona y que se deriva de un juicio de probabilidad acerca de su conducta futura, o sea, que resulta de un pronóstico de conducta.

La posición de Ranieri. El fundamento que nos da este autor para justificar el aumento de pena no es la mayor alarma social, ni el aumento de la culpabilidad, sino un índice de la mayor capacidad para delinquir del reo, del cual se considera como una cualidad inherente a la persona que implica la aplicación de una pena más grave 19

Mir Puig sostiene que para Bettiol la pena agravada de la reincidencia mira sólo ocasionalmente al nuevo delito. Con ella se castiga propiamente el modo de ser del agente. En este sentido la reincidencia constituye una cualificación jurídica subjetiva. La esencia de esta cualificación subjetiva se halla en la inclinación al delito que subsiste en el ánimo del reo. El reincidente constituye un tipo represivo que se diferencia del tipo criminológico de los positivistas en que, mientras este posee un sentido preventivo, aquel otro se basa en una realidad natural (la inclinación al delito susceptible de valoración ética); el individuo habria podido evitar, con mayor esfuerzo personal recaer en el delito.20. La construcción de Bellavista es similar a la de Bettiol. En el reincidente no se castiga su segundo o primer delito sino su curriculum criminis.21

Manzini por su parte sostiene que todo delito implica una doble lesión: por un lado se viola el precepto específico y por otro se pone en peligro el mantenimiento del orden jurídico. Funda la agravación de la pena al reincidente en la necesidad de que el Estado dirija su tutela jurídica a la protección del entero orden jurídico, turbado por la actividad del reincidente. 22

Dell'Andro y Latagliatta se basan en la mayor culpabilidad. Para Dell'Andro el delito cometido por el ya condenado es más grave pero también es de gravedad distinta por cuanto en el se manifiesta una culpabilidad típica: la culpabilidad de la inclinación.

En el sujeto se produce una modificación psicológica por obra de su delito anterior y con ella concurre a la comisión del segundo delito. Dell'Andro busca la esencia de la reincidencia en la mayor facilidad del que ya ha delinquido para volver a delinquir. La reincidencia es una forma particular de culpabilidad. Con esta postura se avanza un poco más en el exámen dogmático de la reincidencia porque se la coloca dentro del ámbito de la culpabiliPara este autor en la reincidencia se sanciona la inobservancia de un típico imperativo penal concreto, precisamente a causa de éste , el segundo delito cometido por un mismo sujeto es objetivamente de una cualidad y gravedad diversas, siendo expresión de una típica culpabilidad²³

Para Lattagliata, si bien es cierto que hay que referirse a la personalidad del sujeto para comprender la culpabilidad agravada por reincidencia, debe observarse para la doctrina de la reincidencia otro aspecto importante: la reincidencia, al igual que todas las circunstancias de la culpabilidad, no incide sobre el hecho típico sino que implica un juicio de reprobación distinto por una acción típica cometida en una singular situación concreta.²⁴

El juicio de reprobación en la culpabilidad del reincidente se dirige al hecho de que este no se ha dejado impresionar por la condena precedente.

El juicio de reproche dirigido al reincidente, se funda sobre la afirmación preliminar de la libertad volitiva. Por ello la nueva acción delictiva es reprochada al sujeto de modo más intenso, precisamente en razón de este conocimiento suyo de su mayor posibilidad de autocontrol, de su más rica imputabilidad ético-jurídica.

Donna sostiene que se viola el principio de culpabilidad pues, si nos atenemos a un juicio de culpabilidad en sentido normativo, entendida como culpabilidad por el hecho, la reiteración y la reincidencia no pueden tener otro efecto que el de disminuir la culpabilidad, porque la reiteración crea hábito, lo que es más dificil de vencer. Desde la culpabilidad normativa por el acto, no hay posibilidad de agravar la pena por reincidencia. El único camino para considerar normativamente una mayor culpabilidad del reincidente es el de la culpabilidad normativa entendida como culpabilidad de autor, la que resulta repugnante a los principios de un estado constitucional de derecho.

En tal sentido, sostiene Mir Puig que "en el reincidente concurre una disminución del poder de inhibición y, por ello, una menor culpabilidad frente al injusto, o, por lo menos, que no cabe presumir en él el poder y la culpabilidad correspondientes a la específica agravación de injusto

propia de la reincidencia.

Stratenwerth, citado por Mir Puig, sostiene que solo puede hablarse de infructuosidad de la advertencia cuando la reincidencia exteriorice una cantidad especial de energía criminal y, sin embargo el tipico reincidente se caracteriza predominantemente por debilidad de voluntad o por defectos de personalidad que le hacen aparecer como poco sensible para la función de advertencia de una condena.

En idéntico sentido se manifiesta Baumann quien sostiene que la reincidencia es ambivalente, puede mostrar una mayor energia criminal pero esto no sucede necesariamente. Por el contrario a menudo los reincidentes son personalidades débiles, cuya estabilidad se ha disminuido todavía más precisamente a través de la anterior ejecución de la pena. Por ello deberían, en realidad ser penados de forma atenuada, por manifestar una culpabilidad menor.

Volviendo a Donna, este autor sostiene que si el reproche se hace a la persona que comprendió la criminalidad de su acto, y pudo conducirse de otra manera, no se entiende porqué se agrava la pena de quien demuestra con los hechos lo contrario.

Zaffaroni sostiene que estas posiciones que fundamentan la agravación en la peligrosidad del autor y en la mayor culpabilidad llevan a que el juez penal formule un juicio moral sobre el autor en lugar de un juicio jurídico sobre el acto. Esto resulta repugnante para nuestra Constitución Nacional en sus arts. 1º y 19.

En síntesis la opinión de Zaffaroni (en el Tratado) consiste en sostener que la característica del hecho es lo que aumenta el injusto en razón de la mayor alarma social que provoca la ineficacia de las anteriores condenas o de la acción preventiva del Estado. La mayor alarma social no deriva del delito anterior, sino de la condena anterior que queda inmutable pero pone de manifiesto la ineficacia preventiva del derecho. El anterior delito no ejerce ninguna influencia en el posterior porque si no hubiese condena no se opera la agravación, lo que nos demuestra que es la condena la que agrava el delito posterior.



Donna, por su parte, sostiene que todo el sistema de la reincidencia, además, ataca el principio non bis in idem que, como se explicara, es una garantía constitucional reconocida desde antiguo por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e incorporada expresamente a nuestra Constitución a partir de la reforma de 1994 que introdujo, a través de su art. 75, inc. 22, los tratados internacionales de derechos humanos que contienen la mencionada garantía.

Es decir se realiza aquí un doble juego de penas. Primero se castiga a una persona por el hecho cometido, luego este hecho vale para que en la segunda o tercera condena, se aplique otra pena más agravada, y se declare al sujeto reincidente. Estas agravaciones, por supuesto, antes de la ley 23.057, en el art. 51 del Código Penal.

Sin embargo, aún con la reforma, esta situación de reincidencia, o estado en que el sujeto queda, según la doctrina, le agrava la situación al condenado, por los arts. 40 y 41 del Código Penal, además de no poder obtener beneficios importantes que la ley penal establece como p.ej: la libertad condicional.

Se suma a esto, el hecho de que para la justicia, "este estado" marca a fuego al individuo convirtiendolo en un sujeto que está fuera de la sociedad. De ahora en adelante el reincidente quedará estigmatizado y la sociedad lo tendrá a su disposición para poder buscarlo cada vez que se cometa un hecho delictuoso, sea o no autor. Ser en definitiva el profesional del delito al que hacían referencia los inconstitucionales edictos policiales, afortunadamente ya derogados.

De alguna manera, sostiene Donna, se está instituyendo un estado de peligrosidad sin delito. Si a un hombre se le crea una situación cuya principal consecuencia es no poder salir de ella, no obtener beneficios de fondo, ni procesales, y este estado queda asentado en la ficha de los organismos pertinentes, la consecuencia es que este sujeto es peligroso. Y si un sujeto es peligroso. Hay algo más fácil para la fuerza represora, cada vez que necesite un sujeto para presentarlo como autor de un delito, que buscar en el registro y obtener la persona necesaria?25

Donna finaliza diciendo que todo el sistema de la reincidencia es inconstitucional porque atenta contra el principio de culpabilidad y el principio ne bis in idem y postula suprimir la reincidencia en una futura reforma penal.26

Zaffaroni también sostiene que la reincidencia es violatoria del principio ne bis in idem y así lo expresa: "Debo consignar a este respecto, en general referencia a la reincidencia, que he llegado al convencimiento de que cualquier agravación penal en razón de ella -no sólo en cuanto a la escala penal, sino también en cuanto a la privación de cualquier beneficio taxativamente establecida en la ley- es inconstitucional. No encuentro argumento alguno que sea idóneo para proporcionar a la reincidencia un fundamento que eluda la objeción fundada en la violación al principio non bis in idem". La tendencia político-criminal a suprimir el concepto mismo de reincidencia, plasmada por ejemplo, en el código de Colombia, es la más ajustada al derecho penal de acto y de culpabilidad de acto y sería más que deseable una pronta rectificación de nuestra legislación positiva en este sentido".27

Por otra parte agrega Zaffaroni en dicha nota en Doctrina Penal - 1984, "Que los argumentos que en otras ocasiones he proporcionado para explicar la reincidencia, basados fundamentalmente en que ella no reconocía como presupuesto al delito anterior, sino la condena anterior -y ahora se podría decir que la pena anterior-, los veo como sofismas (en el mal sentido de la expresión), pues tanto la pena como la condena no pueden ser sino consecuencias del delito anterior, sin el cual no hubiesen existido.

Recientemente el autor citado ha ratificado esta posición al sostener "...desde el siglo XVIII hasta el presente se han ensayado múltiples explicaciones, aunque ninguna de ellas es satisfactoria y, en general, ninguna logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaria en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que importaría una violación al non bis in idem o, si se prefiere, a la prohibición de doble punición. Luego, la idea tradicional de reincidencia como invariable e ineludible causa de habilitación de mayor poder punitivo es inconstitucional.28"

También cabe destacar la opinión de Carmignani,



citado por Soler, quien niega a la reincidencia el efecto de gado en definitiva. agravar la pena pues esta agravación importaria violar el principio non bis in idem, toda vez que, con la primera pena, el delito anterior fue totalmente pagado.

razón política (se refiere al agravamiento de la pena para quien reincide) tiene en contra suyo una razón de justicia, porque ella tiende a despreciar el principio, el cual prescribe, que expiada la pena no se puede, ni directa ni indiimpuesta".

Maier sostiene que el ámbito específico de discusión del problema no pasa por el ne bis in idem, sino por la violación al principio de culpabilidad.29

4. El instituto de la reincidencia y la nuevo y su origen más cercano se puede encontrar en la jurisprudencia.

Cabe destacar también, en cuanto a la inconstitucionalidad de la reincidencia por ser violatoria del principio ne bis in idem, el fallo Varela, Luis R. dictado por la Sala VI de la Excma. Cámara del Crimen de la Capital, que suscribieron los Dres. Zaffaroni y Elbert.

En dicho fallo sostuvo Zaffaroni que; " Es sabido que se han sostenido distintos criterios para fundamentar la reincidencia y la agravación de pena que de ella se deriva y que permanece en nuestra ley positiva, pese a la derogación de la escala agravada, puesto que la negación de toda posibilidad de libertad condicional se traduce realmente en una pena de mayor entidad, toda vez que la eiecución total de la misma resulta más gravosa por la completa privación de libertad del condenado por todo el tiempo de la misma."

Sostiene en dicho fallo Zaffaroni que los intentos por basar la mayor punibilidad en una mayor peligrosidad o una mayor culpabilidad, no salvan en ningún caso la objeción de que la reincidencia, en la medida en que se traduce en una mayor gravedad de la pena del segundo delito, está violando el principio "non bis in idem" puesto que la mayor gravedad es resultado del anterior delito ya juz-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha expedido acerca del tema de la reincidencia en el fallo "Ramón Rafael L'Eveque" 30 y sostuvo que "...lo que Carmignani, citado ahora por Maier, sostiene "Esta se sanciona con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada -como es obvio- en ésta. 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 rectamente tomar en cuenta el delito por el cual fue haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de la libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito...".

> Sostiene Magariños que "el argumento no es denominada por la dogmática alemana "fórmula de la advertencia", acuñada en la decisión dictada el 16 de enero de 1979 por el tribunal constitucional alemán respecto del parágrafo 48 del Código Penal alemán (StGB), que consagraba el instituto de la reincidencia".21

> El mencionado autor cita también la opinión de Armin Kauffman para quien "lo ilícito consiste aqui en haber adquirido un rasgo de carácter, en el acostumbramiento a ser determinado por impulsos contrarios al valor. Para evitar esto, el orden jurídico establece una norma 'no debes dejar arraigar en ti la tendencia a cometer delitos'...se trata entonces de dos contrariedades al deber, de la lesión de dos normas distintas...", existen "...dos reproches de culpabilidad, es decir, el reproche de no haber cumplido dos deberes a pesar de la capacidad para hacerlo." Por ello afirma Kauffman, "...se encuentra una norma propiamente dicha, y por cierto, no estamos ante una 'norma especial'en el sentido de Binding. Sino ante una norma general, es decir, un mandato de orientar al valor la formación de carácter". 32

> En definitiva, cabe concluir que todos los intentos por fundamentar la agravación de la pena por reincidencia no han podido superar la valla infranqueable que, en un Estado Constitucional de Derecho significan la prohibición



de doble imposición de pena por un mismo hecho (ne bis in idem) y el principio de culpabilidad por el hecho, único compatible con nuestro sistema.

Al respecto, es importante señalar con Magariños que el art. 19 de la Constitución Nacional es el fundamento del derecho penal de acto. En efecto, sólo pueden imponerse penas por acciones, el primer presupuesto de punibilidad es la constatación de que se ha realizado una conducta y la pena a imponer debe serlo en razón de esta conducta.

Por último debe destacarse también que la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos a la Constitución Nacional, impone al Estado el cumplimiento de los fines de la pena, de conformidad con lo establecido en dichos instrumentos internacionales que | 5. Conclusiones. hoy conforman el bloque constitucional vigente en la República Argentina.

En efecto, como es sabido la Constitución Nacional ha incorporado a través del art. 75, inc. 22 los tratados internacionales de derechos humanos que regulan la finalidad de las penas privativas de la libertad.

En tal sentido, cabe señalar que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 5º (Derecho a la Integridad Personal) establece que "Las penas privativas de la libertad tienen como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados", y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 10, ap. 3º prescribe que "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

A su vez, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente (Ginebra-1955) establecen en su art. 60, ap. 2º que es conveniente que antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad.

Dicho objetivo de la pena, plasmado en la Consti-

tución Nacional y reglamentado a través de la ley 24.660 que regula la ejecución de las penas privativas de libertad, presupone un régimen progresivo del cumplimiento de la pena, hasta su cumplimiento total, que es incompatible con el instituto de la reincidencia, en especial con los arts. 14 y 52 del Código Penal de la Nación.

Y ello es así toda vez que el impedimento para obtener la libertad condicional para los reincidentes (art. 14) y la posibilidad de que el estado los pueda someter a una pena de reclusión indeterminada (art. 52) atenta contra el cumplimiento del régimen progresivo de cumplimiento de la pena que es consecuencia inevitable de los fines de reinserción social que la sanción penal debe tener.

De lo expuesto precedentemente se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Los arts. 14, 50, 52 y 53 del Código Penal en tanto regulan el instituto de la reincidencia son inconstitucionales por afectar derechos fundamentales de las personas a quienes el Estado les impone una pena.

Ello es así toda vez que la agravación de la pena a imponer es violatoria de la prohibición del doble juzgamiento (ne bis in idem) y del principio de culpabilidad por el hecho y, además entra en contradicción -al suprimir la libertad condicional para los reincidentes y establecer penas de duración indeterminada- con los fines de la pena que desde la reforma de 1994 han sido incorporados con rango constitucional.

Por ello entiendo que dichas normas deberían ser derogadas en una futura reforma del Código Penal y, mientras tanto ello no ocurra, las mismas deben ser declaradas inconstitucionales por los Jueces a cuya consideración se someta la cuestión, como lo ha hecho la Cámara del Crimen en el precedente "Varela" ya mencionado y más recientemente el Tribunal Oral en lo Criminal Federa Nº 1 de San Martín en la causa "Ortiz" resuelta el 3 de mayo de 1999.

Así nos acercaremos más al Estado Constitucional

de Derecho que, como dijera Ferrajoli, requiere de jueces que no se sujeten a la ley de manera acrítica e incondicionada, sino que, por el contrario, lleven adelante su labor efectuando la crítica de las leyes inválidas a través de su interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.

Notas

- 1 Ferrajoli, Luigi "Derechos y Garantías La ley del más débil, pág. 19 y 20, Editorial Trotta, 1999).
- 2 (Ferrajoli, Luigi, ob. Cit. Pág. 26).
- 3 (Conf. Donna, Reincidencia y Culpabilidad, pág. 25).
- 4(CS Fallos 200:221).
- 5 Clariá Olmedo, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. II pag. 251).
- 6 (Beling,.. Derecho Procesal Penal, p. 201).
- 7 (Maier, Julio Derecho Procesal Penal Argentino, pág. 371 Editores del Puerto).
- 8 (ob. cit., pág. 372).
- 9 (Conf. Maier, Julio, ob. Cit. Pág.373/374).
- 10 (Maier, Julio, ob. cit., pág.382).
- 11 Contribución al estudio de la reincidencia.
- 12 Zanardelli, Giussepe, Progetto del Codice Penale per il Regno d'Italia preceduto dalla relazione ministeriali presentato alla Camera dei Diputati nella tornata del 22 di novembre del 1887 dal Ministro de Grazia e Giustizia e dei Culti, p. 213-214, citado por Donna, Edgardo Alberto-Iuvaro, Maria José "Reincidencia y Culpabilidad, pág. 47 Astrea 1984).
- 13 (Donna-luvaro, ob.cit., pág. 49).
- 14 (Zaffaroni, Tratado, Tomo V, pág. 344).
- 15 (Carrara, Francesco, Programa de derecho criminal Parte General, vol. II, pág. 205)
- 16 (Tratado, T.V p g. 345).
- 17 .(Mir Puig, La reincidencia en el Código Penal, p g. 449).
- 18 (Fontán Balestra, III, 202, Nuñez Manual 373, Moreno Rodolfo III p g.99).
- 19 (Ranieri, Silvio14 ,(Mir Puig, La reincidencia en el Código Penal, p. g. 449).
- , Manual de derecho penal, Parte General, t.ll, pags. 182/183).
- 20 (op.cit. La reincidencia en el código penal págs. 454 y 455).
- 21 (Conf. Donna-luvaro ob.cit.).
- 22 (Manzini, Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, 4º Ed., t.II, pág. 696, citado por Donna-luvaro, ob. Cit., pág. 57).
- 23 Dell'Andro, Renato, La recidiva nella teoria della norma penale, p. 58).
- 24 (Lattagliata, Contribución al estudio de la reincidencia, pág. 243).
- 25 Conf. Donna-luvaro, ob.cit., págs. 76 y 77).
- 26 ob.cit., pág. 77.
- 27 (Zaffaroni, Eugenio Raúl, art. Doctrina Penal citado).
- 28 Zaffaroni-Alagia-Slokar, Derecho Penal Parte General, pág. 1009, 1ra. Edición. EDIAR 2000).
- 29 MAIER, Julio, ob.cit.
- 30 (Fallos 311:1451)
- 31 (Magariños, Mario, Reincidencia y Constitución Nacional (El resabio de un "modelo peligroso" de Derecho Penal, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 3, nº 7, pág. 87-*Ad-Hoc 1997).
- 32 (Magariños, ob. Cit., pág. 90).