

perancia” que habría demostrado la escala original prevista. Del mismo modo explicaba que la prescripción de la reincidencia no debía bastarse con el término de prescripción de la condena, introduciendo el mínimo de cinco años. No podía esta agravación superar el máximo legal de la especie de pena de que se tratara y podía operar con independencia de la accesoria que contemplaba el art. 52.

18. *Reforma de la ley 20.509.* — Sancionada el 27 de mayo de 1973, derogó el sistema que había impuesto la denominada ley 17.567, volviendo al vigente con anterioridad a ésta. Dicha ley ordenaba la formación de una Comisión Reformadora de las leyes penales.

19. *Proyecto de 1974 y 1975.* — La Comisión a que se refiriera la ley 20.509 quedó integrada por los doctores Jesús Porto, Enrique Aftalión, Enrique Bacigalupo, Carlos Acevedo, Ricardo Levene (h) y Alfredo Masi y abordó la tarea de diseñar una nueva Parte General para el Código Penal. En el primero de los años sucesivos mentados expusieron el Proyecto original y en el segundo se hicieron eco de algunas de las observaciones y críticas a que fuera sometido por diversos catedráticos e instituciones. La inspiración del Proyecto en materia de la reincidencia se explicaba en la Exposición de Motivos, declarando que el sistema vigente “no parece aceptable. El tratamiento de la reincidencia mediante el probadamente ineficaz sistema de endurecimiento de la pena no resulta satisfactorio. El Proyecto estima que este asunto, de fundamental importancia, debe estar atendido mediante la creación de institutos de reeducación social y de seguridad ...”. Esta es la característica más saliente del Proyecto, que, aunque preconizaba una mayor benignidad (por caso, eliminaba la pena de reclusión y establecía un máximo de las penas de prisión temporales en los veinte años, preveía la asistencia social no sólo para el condenado sino también para su familia e instituía el juez de ejecución), mantenía a la peligrosidad como criterio de estimación de la sanción y generaba un difuso límite entre las penas y las medidas que establecía y que igualmente se fundaban en la peligrosidad. Además —desde que esas medidas debían implementarse cuando se dispusiera de los establecimientos adecuados, con los que no se contaba—, coincidimos con Zaffaroni [43, t. I, p. 449] en que el Proyecto conducía a una “prolongación indebida de penas con el nombre de medidas, lo que el mismo texto facilitaba”, al facultar a los jueces —en tanto no se dispusiera de esos establecimientos— a adecuar la ejecución a los entonces existentes.

Con esa impronta, la reincidencia estaba contemplada —junto con la pena— como causa de internación en un establecimiento donde debían intensificarse los “medios de reeducación social”. Este establecimiento era de “reeducación social” cuando “el condenado a pena de prisión no menor de dos años hubiera cumplido, dentro de los cinco años anteriores, una condena a prisión y denotara peligrosidad” y era de seguridad cuando hubiese cumplido con anterioridad dos condenas a prisión y hubiera estado internado, por lo menos una vez, en uno de los primeros. En el primer caso era por un plazo de uno a cinco años, en el segundo por uno no menor que el de la pena impuesta; ante una nueva internación, ésta duraría mientras subsistiera la peligrosidad del condenado y no podía ser inferior a seis años (arts. 48 y 49, respectivamente).

20. *Reforma de la denominada ley 21.338.* — Interrumpida la continuidad democrática en 1976, recobraron en el rubro vigencia las modificaciones propuestas por la homónima 17.567 el 25 de junio de ese año. Este instrumento fue derogado casi en su

totalidad por ley 23.077 del mes de agosto de 1984 cuando ya —también por el gobierno democrático— había sido sancionada la ley 23.057, que modificó el régimen de la reincidencia alumbrando el texto hoy vigente y que se trata más abajo.

21. *Proyecto de 1979.* — Dirigido por Sebastián Soler, no modificaba en el rubro de la reincidencia el tratamiento que hiciera la ley 21.338 y reeditaba los hallazgos del Proyecto de 1960 relativos a los “Delinquentes habituales o por tendencia”. Muerto su inspirador y objeto de fuertes críticas, nunca fue puesto en vigencia.

22. *Reforma de la ley 23.057.* — Introduce el texto de los artículos vigentes. El mensaje que el entonces presidente de la Nación remitiera al Honorable Congreso de la Nación aclara que esa reforma precede a una que sería objeto de estudio más detenido y más completa y que ese adelanto se debía a la necesidad de derogar “expresamente las normas cuyo contenido resulta inconciliable de modo manifiesto con los principios básicos del orden constitucional argentino”.

Afirma que “si la reincidencia debe permanecer en el Código Penal, debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial”. Por ello apela a la reincidencia real (y no a la ficta, que regía para los nacionales), vuelve al sistema de agravante genérica en el contexto de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal e instituye la caducidad de los registros de condenas para “evitar uno de los males característicos de nuestra vida jurídica en los últimos años: el “etiquetamiento” de las personas, y se morigeran los efectos de la accesoria del art. 52 con el fin de “evitar que existan personas declaradas en la práctica irrecuperables” [6, p. 628].

III — Doctrina

§ 1. *CONCEPTO.* — Uno de los problemas que, intrasistemáticamente, en la ciencia penal parece derivar de su método es la pretendida inmutabilidad de algunos conceptos que se han convertido en verdaderas instituciones.

La reincidencia es uno de esos conceptos que, dentro del discurso penal tradicional, parecería estar más allá de toda controversia y (salvo las diferencias acerca de sus especies y alcances) es un capítulo obligado de casi la totalidad de las leyes penales actuales.

Con sus variaciones (real o ficta, específica o genérica), básicamente se define como reincidencia la recaída en el delito (dentro de un período relativo de tiempo) tras una sentencia condenatoria. Cualquiera que sea su explicación, resulta evidente asimismo que es una consecuencia agravatoria de la situación de una persona sometida a un juicio penal actual, derivada de la circunstancia de que esta persona ya ha sido condenada con anterioridad por otro delito. Sin esfuerzo se sigue que la declaración de reincidente es derivación necesaria de una condena anterior, que, de esta manera, es actualizada en la posterior para

agravar la situación actual de esa persona. Así, esa condena anterior es nuevamente puesta en la cuenta del sometido a la segunda.

§ 2. **LA DISFUNCIONALIDAD DEL INSTITUTO.**— La referencia a que esa supuesta sacralidad opera dentro del sistema se funda en que no ocurre lo mismo cuando —desde los otros de otras ciencias— se puede hablar hoy de la deslegitimación del discurso penal. Ello impone esta primera consideración porque (como resulta obvio) la validez positiva no confiere *per se* razonabilidad o legitimidad material a los institutos de la ley vigente.

La vasta bibliografía acerca del fracaso de la pena privativa de libertad como medio o como fin y acerca de sus deletéreos efectos es presupuesto necesario de todo abordaje de la cuestión de la reincidencia, puesto que ésta constituye y determina (en sus aspectos prácticos) una exacerbación de dichos efectos.

De los autores que mejor han descrito esos efectos deben destacarse Foucault [11], Goffman [13 y 14], Pavarini [32], Mathiesen [26], y Christie [1 y 2]. Neuman (*supra*, t. 1 de esta obra, p. 122) ilustra el tema como lo hiciera en otra oportunidad [31, p. 265].

Asimismo, llevan razón Hassemer y Muñoz Conde [17, p. 27] cuando afirman que quien pretenda ocuparse del Derecho penal debe conocer la criminalidad y el delito y que quien “no conozca o conozca mal el aspecto empírico de la Administración de Justicia penal, difícilmente podrá manejar las reglas normativas del derecho penal material, ya que esas reglas se refieren a la criminalidad y al delito”.

Es una deformación profesional peligrosa —en el ámbito del Derecho penal— confundir los planos del ser y del deber ser. Así, se ha enseñado por muchos años (y aún se enseña) un Derecho penal que solamente funciona en el vacío de Torricelli y se declaman objetos y finalidades que la realidad desmiente. Naturalmente que, si se sostiene —como lo hace el funcionalismo sistémico— que la pena es necesaria para restablecer la confianza en el Derecho y que “sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas...” [19, p. 17], las consideraciones alusivas a los datos de la realidad resultarán sobradas.

Ese desapego por los datos de la realidad lo expresa Jakobs en el prólogo a su obra, donde acepta que “la pena no repara bienes, sino que

confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino solamente frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma ... Son muchos los que piensan que este programa de una teoría normativa del derecho penal se expone a tres objeciones: 1) se dice que falta un punto de partida crítico hacia el sistema social; 2) se dice que falta lo ontológico o la estructura lógico material; y 3) se dice que falta el sujeto. Las tres objeciones se formulan con razón, 1) Desde la perspectiva aquí defendida, se opta expresamente por intentar comprender lo que hay antes de pasar a la crítica; 2) Para ello, lo que se intenta comprender es la sociedad, es decir, un sistema de comunicación normativa, no el medio que la circunda; y 3) en consecuencia, lo subjetivo sólo tiene relevancia secundaria” [19, p. 11]. Contrasta con la admonición de Foucault de que, si se trata de los hombres, la abstracción no constituye únicamente un error intelectual, puesto que trasciende, como ideología, no sólo al campo científico, sino también al político y social, como instrumento de dominio y de control.

Respecto de las consecuencias de este pensamiento en la dogmática penal se expide concluyentemente Zaffaroni en “El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico penales” [39, p. 59 y ss.]. De la operatividad real del sistema penal local y regionalmente se ha ocupado especialmente este autor [37, 38, 39, 41, 42]. Si el sistema penal selecciona su clientela, resulta arbitrario y discriminatorio y, si, además, el criterio de selección lo determina un estereotipo compatible con los segmentos sociales marginales, resulta, además, clasista y (en un último análisis) racista.

La condición de reincidente es —por los mecanismos de esa selección, especialmente por la denominada “inteligencia criminal” de la agencia ejecutiva— el estereotipo del estereotipo. Opera también en gran número de casos, perversamente, una definitiva “asunción del rol” que de tal suerte se le ha asignado.

A la luz de la operatividad real del sistema penal, se concluye sin esfuerzo en la falsedad de la declamada garantía de igualdad ante la ley. Aquí juega en plenitud la necesaria consideración de la vulnerabilidad a que se refiere Zaffaroni [38, 39] como dato fáctico a tomar en cuenta a la hora de reconstruir el concepto de culpabilidad.

Por lo demás, todo esfuerzo por reconstruir el discurso jurídico debe necesariamente partir de los mínimos que constituyen las convenciones de los derechos humanos y (como no puede ser de otro modo) del re-

conocimiento de esa operatividad real del sistema penal, desde una perspectiva local y regional. Esto último viene dicho por la proclividad de muchos teóricos a abreviar en fuentes ajenas que permiten instalar problemáticas igualmente extrañas y dejan sin respuesta a las propias realidades.

Es interesante contrastar al respecto dos pensamientos debidos a dos autores alemanes contemporáneos. Schünemann dice: “Las construcciones sistemáticas de la ciencia penal alemana le resultan al profano, aunque sea culto, a menudo extrañas; al estudiante, ininteligibles, y al práctico, superfluas. Sin embargo, constituyen actualmente una de las más importantes ‘exportaciones’ de la ciencia jurídica alemana y la obra que verdaderamente le ha dado renombre internacional. Esto, que a primera vista parece paradójico, se hace perfectamente comprensible en cuanto se contemplan con más detenimiento la necesidad general de construcción científica del sistema y las especiales condiciones históricas del desarrollo del sistema del Derecho penal en Alemania” [34, p. 31].

En las antípodas de estas afirmaciones, Hassemer [16, p. 69] dice: “El subtítulo de la serie de conferencias se denomina ‘Perspectivas críticas’. Con ello se pretende mostrar que no se trata de enseñanzas, que los aportes no se agotan en informaciones acerca de las particularidades del sistema penal de la República Federal de Alemania. Para esta aclaración existe hoy —marzo de 1990— un punto de apoyo. Hasta el momento se tiene la impresión, por lo menos visto desde Occidente, de que se tratara no de intercambio y del aprendizaje mutuo, sino de exportación e importación o, lo que es peor, de colonización. Ese no es mi camino, y no es el objetivo de esta serie de conferencias, sino al contrario. En tanto se trate, como aquí, de ciencia, la perspectiva crítica es obvia. La ciencia vive de la crítica mutua y muere con la disposición a renunciar a la actitud crítica (por los motivos que sean)”.

Disipada en el marco legal argentino la diferencia entre reincidencia real o ficta, desde el punto de vista concreto, la recidiva significa el fracaso del tratamiento penitenciario impartido o prometido al que se ha privado de libertad con ese propósito.

Ese fracaso estatal del pretendido proceso resocializador reeducador es puesto a cargo del infractor. En este sentido, Rivacoba y Rivacoba publicó —en una prieta síntesis— un artículo sobre el fracaso de las tesis del tratamiento de los sistemas penitenciarios así en el original [33, p. 293].

Por lo demás, esa condición se traduce en lo que Gonzalo Fernández ha denominado la marginación legal del reincidente, representada por todas las disposiciones restrictivas de derechos e imponentes de mayor severidad en la ejecución de la pena [8, p. 127]. La agravación que cristaliza una pena más severa es —en último análisis— más de lo mismo.

§ 3. *FUNDAMENTOS DE LA INSTITUCION.*— De los diversos estudios acerca de los fundamentos que se han expuesto para sustentarla, destaco la sistematización que hiciera Mir Puig [29] y —entre nosotros— las debidas a Donna e Iuvaro [7], Luis García [12] y Zaffaroni [39].

No es posible una sistematización desde el mismo concepto de reincidencia porque, como resulta del repaso de las diferentes posturas, los criterios generales incorporan elementos propios de otros y se superponen, lo que hace que las variaciones tengan límites difusos. En gran parte eso es debido a la concreta circunstancia de que, cualquiera que sea la explicación que se encuentre para justificar la pena, la reincidencia pone de relieve su fracaso.

En líneas generales podrían señalarse cuatro grandes grupos:

a) *Mayor grado de injusto por mayor alarma social.*— Zanardelli afirmaba que el hecho reincidente resulta más peligroso. Considerar a la reincidencia como circunstancia extrínseca al delito es olvidar que el daño que éste provoca es también social y político y que, por lo tanto, la circunstancia subjetiva de la especial perversidad del agente deviene circunstancia objetiva del delito, lo que hace crecer el temor ante el pernicioso ejemplo de su obstinado desprecio por la ley.

La reincidencia para este autor era específica, porque así demostraba el delincuente una homogénea tendencia antijurídica. No sólo existe lesión concreta al bien jurídico afectado, sino daño político al fin estabilizador del derecho. Este concepto de doble lesión se va a reiterar en Kaufmann desde otra perspectiva.

Es Zaffaroni [39] quien asocia esta vieja postura a la sostenida por Armin Kaufmann, autor que estimara que el tipo penal reconoce antepuestas dos normas, una que prohíbe la conducta descripta y otra que impone no incurrir en futuras infracciones.

En efecto, Kaufmann [22, Cap. IV], cuando aborda el problema de la cuantificación del reproche de culpabilidad y respecto del reproche de culpabilidad agravado, entre los casos de especialidad calificante, computa los que Binding denominara “elementos subjetivos de la pu-

nibilidad”, “calificantes psicológicas” o *Psychologische Höhenmarken*, que funcionarían como índices de mayor contraposición con la norma. A esas “calificantes psicológicas” las define Kaufmann como “elementos que consisten ya sea en la valoración del motivo de una acción o en la valoración de la intensidad de la voluntad de realización que se expresa en la superación de los obstáculos para el alcance de la meta del acto antijurídico. En ambos casos el disvalor del acto aumenta o disminuye produciendo una modificación en la medida de la reprochabilidad” [22, p. 284]. Explica Kaufmann que lo ilícito del hecho imputado al autor se agrava por la peligrosa habitualidad de éste “cuando por medio de él se expresa también lo ilícito de la formación del carácter total. Se trata de dos contrariedades al deber, de la lesión de dos normas distintas”.

En esta sintonía estaba entonces la “fórmula de la advertencia” que contemplara el § 48 del Cód. Penal alemán, actualmente derogado, al que se aludirá más adelante.

b) *Insuficiencia relativa de la pena ordinaria*.— Es la tradicional postura que formulara Carrara en su *Programa*. Se argumenta que quien ya sufrió una pena y volvió a delinquir demuestra que aquélla no fue bastante y, que, por ende, el autor merece una mayor. Una pena igual sería inútil.

El aumento de la pena se sustentaría en una presunción no de mayor perversidad sino de mayor insensibilidad. Carrara sostenía que el aumento no se basaba en la personalidad del sujeto.

Este argumento —la insuficiencia de la pena anterior— es, como se señalara en la evolución legislativa, el de los reformadores del art. 50 del Cód. Penal en su actual redacción. En efecto, como entonces se pusiera de manifiesto, el mensaje 164 del 13 de diciembre de 1983, además de destacar el carácter “urgente” de la reforma, dice que: “si la reincidencia debe permanecer en el Código Penal, debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial” [6, p. 628].

c) *Mayor peligrosidad*.— Todos los autores de la escuela positiva fundan en ella la institución. Si todo infractor revela alguna peligrosidad, a mayor cantidad de infracciones, mayor peligrosidad. Resulta claro que sólo desde una perspectiva determinista es posible sustentar toda teoría de tendencia al delito, de habitualidad o de condición de de-

lincuente. El codificador, al iniciar sus comentarios respecto del originario art. 50, cita a Garófalo y a Ferri y, partiendo de pensamientos del primero, deduce “la necesidad de tomar medidas especiales contra los delincuentes habituales”.

Más adelante afirma que “las leyes más nuevas, entre ellas nuestro Código, han aceptado en su política criminal una serie de instituciones que tienen en cuenta la clase del delincuente y sus relaciones con la sociedad. Las instituciones permiten para resolver cada caso, apreciar el hecho, el sujeto y la situación de este último. De aquí las medidas especialísimas para combatir la reincidencia [30, t. III, p. 72].

d) *Mayor culpabilidad*.— Muchos son los autores que fundan la reincidencia y justifican en ese caso el aumento de pena en que existe un mayor grado de culpabilidad en el autor.

Para Latagliatta la institución sirve para determinar el grado de rebelión contra la ley y el alcance de la desobediencia. “Entre los recuerdos más ricos de significado y de determinaciones interiores está, en primer lugar, el de la condena anterior ... Este conocimiento del sujeto aparea, naturalmente, una mayor obligación de vida. Se puede decir que el condenado se encuentra en una condición que es, al mismo tiempo, de privilegio y de mayor responsabilidad, en cuanto, precisamente por el conocimiento del carácter nocivo de la acción, es obligado a ejercitar un control más atento sobre la propia vida impulsiva, a fin de impedir que las fuerzas de la personalidad profunda lo arrastren por segunda vez a la violación de la ley penal. En estas determinaciones se articula el dato ontológico del juicio de reproche dirigido al culpable, por no haberse dejado impresionar por la advertencia implícita en la condena anterior, por no haber tenido en cuenta el recuerdo de esta experiencia, por haberse dejado empujar por las reclamaciones del impulso, sin inhibirle, tal como podía y debía, dada su situación de mayor conocimiento y responsabilidad” [23, p. 275 y ss.].

Maurach sostiene que el efectivo conocimiento de la antijuridicidad de la conducta es lo que revela un mayor grado de enemistad con el derecho. Dice que “mientras que para el general juicio de culpabilidad basta con la observación de que el autor ha abusado de su imputabilidad por la consciente rebeldía frente a la norma (ley prohibitiva), en el ladrón reincidente concurre además, en sentido agravatorio, la representación de la punibilidad de su hacer. La rebeldía frente al orden social, manifestada con especial intensidad en la reincidencia, esto es, la

contumacia en la enemistad al derecho, representa pues una propia causa de agravación” [27, t. II, p. 546].

Welzel también da esta explicación a la institución, puesto que acepta que se puede “reprochar, en relación a la naturaleza y circunstancias de los hechos punibles, que no le sirvieron de lección las condenas anteriores (presupuesto de culpabilidad de la agravación de la pena)” [36, p. 356].

Aun sin que la glosa haya sido exhaustiva, el análisis de todas las posturas justificadoras de la reincidencia permite concluir, con Zaffaroni [39, ps. 121 y 122], que ni siquiera desde el derecho penal de autor es razonablemente explicada.

§ 4. *EL PROBLEMA DEL DESTINATARIO.*— Esta institución pone en crisis el horizonte de proyección actual del Derecho penal respecto del hombre a quien están destinadas sus normas. ¿Qué tan libre resulta la persona que ha sido “institucionalizada” mediante el proceso selectivo del control social manifiesto y que —por esa razón— queda fuertemente condicionada cuando se reintegra al medio social?

Ferrajoli [9, p. 492] señala la antinomia metafísica entre el determinismo y el libre albedrío, alternativa que ha signado el desarrollo del pensamiento filosófico occidental.

Estas tesis antagónicas representan dos concepciones igualmente opuestas del problema de la culpabilidad.

Se termina afirmando, desde la perspectiva determinista, que el hombre no hubiera podido hacer otra cosa; en cambio, según los que sostenemos el libre albedrío, sí podría haber hecho otra cosa de haberse-lo propuesto. De ello se deriva la dicotomía entre “derecho penal objetivo puro” y “derecho penal subjetivo puro”, representado el primero por aquella explicación de la conducta humana, sobre la configuración teórica y normativa de la responsabilidad penal, en que la intencionalidad de la acción y la imputabilidad del agente no tienen ninguna relevancia y se revaloriza el elemento daño o peligro, “conforme a concepciones rígidamente objetivistas del derecho penal que favorecen modelos normativos de responsabilidad objetiva”, y en el segundo, por el contrario, se devalúa el elemento objetivo: “tanto el resultado lesivo, que puede ser totalmente involuntario, como la acción, considerada relevante sólo en cuanto expresión de las intenciones y la personalidad de su autor”. Parejamente, el aspecto psicológico vuelve a ser el centro del delito a la luz de posturas subjetivistas y modelos normativos del

derecho penal de autor; y entre esos opuestos se debaten todas las instituciones penales.

Este mismo autor advierte una convergencia paradójica entre ambas posturas y señala cómo la misma ha disuelto el principio de culpabilidad. En el determinismo aparece como injusta la atribución de culpabilidad por acciones ajenas a la voluntad del autor, al que se propone tratar como a “un enfermo o un animal peligroso”, mientras en el libre albedrío parece injusto limitar como objeto de la pena lo que serían “manifestaciones contingentes y casuales del autor, en lugar de acceder por ellas a su personalidad ...”.

Separa luego lo que serían las normas regulativas de las constitutivas, siendo las primeras las que regulan conductas “calificándolo deónticamente como permitido, prohibido u obligatorio” y condicionando a su realización las consecuencias jurídicas que establece, en tanto que las segundas serían las que establecen consecuencias sin condicionamiento alguno, como la imputabilidad de los menores. Reconoce valor garantista a las primeras y aboga por la prohibición de las segundas.

Asigna claramente este carácter de constitutivas a las normas que desde cualquier vertiente —determinismo positivista o subjetivismo idealista— favorecen la creación de tipos de autores en sustitución de tipologías de acciones y delitos.

Denuncia cómo ha logrado franca hegemonía el paradigma constitutivo. Entre esas normas incluye naturalmente a la reincidencia y a la peligrosidad, por considerara ambas “un modo de ser más que un modo de actuar, que actúa, indebidamente, como un sustitutivo de la culpabilidad en el que queda expresada la actual subjetivización del Derecho penal” [9, p. 508].

§ 5. *¿REVELA LA REINCIDENCIA MAYOR CULPABILIDAD?*— Como se advierte sin esfuerzo, desde los orígenes de las disposiciones relativas a la reincidencia, ésta resulta inexorablemente unida al concepto de habitualidad, como reveladora del hábito de delinquir. Mucho más allá de que en algunos de los textos analizados se hayan distinguido ambos institutos, lo cierto es que la reincidencia sería, en el contexto de todos ellos, tributaria de un derecho penal de autor en el que una supuesta tendencia al delito reclamaría un mayor tratamiento penitenciario por vía de la agravación de la pena.

Esa sola circunstancia debería bastar para excluirla de la ley penal argentina, que (sobre la base dada por los arts. 18 y 19 de la Const. Na-

cional) sienta toda su estructura en el Derecho penal de acto. La pena sobrevendrá por el acto realizado y no por características personales de su autor.

Ciertamente que —como puede advertirse— muchos de los sostenedores del instituto explican por qué no hay colisión alguna entre el mismo y la culpabilidad por el acto, con lo cual la alegación de que la reincidencia lo viola no pasa de ser una profesión de fe de los que sí creemos que lo afecta, pero no demuestra que tal violación ocurra para los que manipulan los conceptos analíticos del delito para justificarla. Que ha sido diversamente considerada y que sólo a partir de posiciones tributarias del derecho penal de autor se ha entronizado y ha permanecido en la mayoría de los sistemas penales lo prueban —entre otros— los autores que se han resistido a aceptarla. Jiménez de Asúa [21, p. 537] destaca a Carmignani, Carnot, Alauzet, Köstlin, Merkel, Gesterling, Mittermaier, Pagano y Giuliani.

A modo de ejemplo de lo que se afirma, glosó de seguido algunas citas que revelan la oposición a sostener que la reincidencia pueda —a causa de una mayor culpabilidad— derivar en agravamiento de la pena.

Tissot —en el siglo XIX— señalaba “que si la mayor parte de los legisladores ha castigado más severamente la reincidencia que la primera falta, es porque ha cedido o a un sentimiento de irritación o de venganza, o al temor de un mayor peligro para la sociedad en presencia del hábito del mal, o a la presunción de la insuficiencia de la pena para un culpable a quien no detendría, aun cuando la hubiera sufrido ya, o a la suposición de una mayor perversidad por parte de aquel a quien un castigo sufrido no ha podido contener. Todas estas consideraciones son insuficientes para motivar la aplicación de una pena superior o de otra clase y difícilmente bastan, ni aun en los casos más graves, para motivar el máximo de la pena señalada al delito no repetido. La agravación de la pena en caso de reincidencia parece motivada de hecho en la presunción de un mayor grado de perversidad, es decir, en una consideración moral que para nada debiera tener en cuenta el legislador, tanto más, cuanto que esta presunción podía no ser más que falsa apariencia, ya que el hábito del mal, y del mismo mal sobre todo, tiende a una especie de manía, ya porque la pasión que es su móvil contraría tanto más profundamente la libertad cuanto más fuerte y más habitual es. De suerte que el culpable, lejos de serlo moralmente cada vez más con el tiempo, lo llegará a ser cada vez menos a medida que pierda más y más su libertad por el hábito del mismo crimen. Si esto no fuera una razón

para considerar el hábito de la reincidencia como una monomanía, a menos que ésta no se hallase claramente establecida, no sería tampoco una razón para tratarla más severamente que el simple y único delito de su especie, lo que nos ha hecho concebir una seria prevención contra la agravación de la pena por causa de la reincidencia” [35, p. 147].

En ese mismo sentido se expidieron Bucellatti y Kleinschrod —citados por Jiménez de Asúa—, sosteniendo el primero que la repetición del delito implica una más fácil tendencia al mal y, entonces, una menor libertad para decidir, que deriva en menor imputabilidad y, así, en la necesidad de aplicar una pena menor. El segundo acusaba a “la sociedad como culpable del aumento de la reincidencia, por creer que el medio social y familiar de vicio y corrupción, escasez de trabajo, mala distribución de la riqueza y, sobre todo, la defectuosísima organización penal y penitenciaria, son culpables de que aquellos delincuentes, víctimas de las circunstancias que les rodean, se encuentren en situación propicia para recaer en el delito” [21, p. 537].

Aunque mucho más cercanamente, Haffke también se refiere a esa perspectiva. En el esfuerzo por compatibilizar la reincidencia con el principio de culpabilidad por el hecho, a la luz de la llamada “fórmula de la advertencia” que estableciera el § 48 del Cód. Penal alemán, señala uno de los elementos a considerar y anticipa que “la profusa y sutil investigación psicológica de la personalidad del autor llevará previsiblemente, según todos los conocimientos que tenemos de los reincidentes, a la conclusión de que su culpabilidad por el hecho en general podría estar disminuida”. Cita a Frosch, quien dijera: “Pues, del mismo modo que, para la mayoría de los autores, se puede sentar como base la tesis de la libre decisión de voluntad, en todo caso se dan indicios de peso de la existencia de grupos de autores en los que dicho ámbito de libertad se halla disminuido desde la primera infracción y sus consecuencias. Sería, pues, obligado para una estimación realista del ‘poder de evitación’ de los autores reincidentes, atender a ello en el seno de la culpabilidad por el hecho, al proceder a una valoración en ‘categorías generalizadas’. Aquí, consiguientemente, habría que valorar la disminución de la resistencia al delito incluso como atenuante de la culpabilidad, pero, en todo caso, de ahí se sigue, al menos, la prohibición de derivar de la reincidencia, de forma más o menos obvia e indiferenciada, un aumento de la culpabilidad” [15, p. 187].

A esta postura —entre otras— se refiere Jescheck [20, p. 812] como una de las razones alegadas para suprimir —en abril de 1986— el alu-

dido § 48. En el mismo sentido se expresa Jakobs al exponer su versión del principio de culpabilidad [18, p. 365].

§ 6. *LA VIOLACION AL PRINCIPIO «NE BIS IN IDEM»*.— La segunda razón que se alza contra la legitimidad del instituto es la que recordara el codificador nacional al citar la nota al que fuera el art. 5° del Título V del Proyecto de Tejedor (art. 179, Código de la Provincia de Buenos Aires), razón que expusiera Carnot (1836) y según la cual la reincidencia viola la norma *non bis in idem* [30, t. III, p. 75].

Por idéntico motivo negaban tal legitimidad Carmignani y Mittermaier, entre otros. En efecto, cualquiera que sea la explicación que se intente, lo cierto es que el primer hecho ya juzgado es nuevamente puesto a cuenta del condenado por el segundo delito. Ferrajoli [9, p. 507] cita a Pagano y a Morelly, señalando que el primero afirmaba que la pena extinguía el delito y devolvía la condición de inocente a quien la había soportado, y que el segundo que reclamaba castigo para quien “osare recordar públicamente las penas sufridas en el pasado por alguien a causa de delitos precedentes”.

Contra lo que se pretende en virtud de fuertes campañas en las que se afirma —recurrentemente— la necesidad de endurecer y represivizar el régimen vigente en materia de reincidencia, soy de los que opinan que el instituto debe ser derogado. Sin hipocresía, un resabio del positivismo peligrosista no puede coexistir con disposiciones que imponen un derecho penal de acto ni con las que prohíben el doble sometimiento a juicio por un mismo hecho.

Como se ha señalado, se ha forzado el principio de culpabilidad para —sin reconocer una adscripción lisa y llana al derecho penal de autor— justificar el mantenimiento de la reincidencia.

Maier [25, t. 1b, p. 368] sostiene que es en el campo del principio de culpabilidad donde se juega la suerte de la reincidencia. Según su tesis (que asigna a una sugerencia de Alberto Binder) en la reincidencia se “responde a un autor específico, a alguien que de antemano se etiqueta genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho. Criminológicamente se diría, con claridad, que el sistema penal así estructurado marginaliza a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, tratándolo de manera diferente al resto de las personas y colgándole la etiqueta de delincuente ...”. Esas afirmaciones las hace al desarrollar la “Inadmisibilidad de la persecu-

ción penal múltiple [25, § 6, ap. E, ps. 415 y 416]” y, refiriéndose a la sentencia debida a la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en la causa “Varela, L. R. s/Libertad condicional”, le reconoce que ha acudido “a una teoría seria, pero exagerada”, fundando ese aserto en que —a su juicio— el tema, como se deja dicho, debería resolverse en el ámbito del principio de culpabilidad. No obstante, cierra sus comentarios criticando a otra sentencia consagratoria de la legitimidad del instituto que deniega la libertad condicional a un reincidente “no por virtud del hecho por el cual sufren la pena, sino, tan sólo, por haber delinquido anteriormente”.

— *La sustentación local*.— Se ha argumentado que no hay tal violación al principio de culpabilidad puesto que “al cometer un nuevo delito el sujeto conoce ya en qué consiste una pena, por haberla sufrido anteriormente. Como regla, la indiferencia ante la sanción penal, cuya naturaleza incisiva ya conoce, justifica un mayor reproche” [12, p. 121]. También se ha dicho que no resulta consagratoria de la culpabilidad por la conducción de la vida, porque el sistema no genera reincidencia de infracciones no amenazadas con pena distinta de la privativa de libertad ni involucra la reiteración o la habitualidad, y que “el fantasma del reproche por el modo de conducción de la vida se desvanece, en la medida en que los efectos de la reincidencia no impliquen desbordar de manera inadmisibles la escala penal dentro de la cual se efectúa el reproche de culpabilidad” [12, p. 126].

Sin conceder razonabilidad a los argumentos citados, atento a que —como lo he señalado— manipulando el concepto de culpabilidad puede sostenerse que la reincidencia no lo viola, creo que la objeción incontestable es la que ve en la reincidencia un modo de conculcar la máxima *ne bis in idem*. García [12, p. 129] reenvía a lo dicho a propósito de la violación al principio de culpabilidad en punto a que la reincidencia opera en ese capítulo del concepto de delito “y no en el ámbito del hecho típico”.

Respecto de la alegada violación a la prohibición de doble persecución, glosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que descartara esta violación por entender que “el principio *non bis in idem* ... prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena —entendida ésta como dato objetivo y formal— a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos su-

puestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal” (CSJN, 21/4/88).

Destaca cómo luego completara el argumento el Superior Tribunal cuando sostuviera, aun aceptando que el dispositivo del art. 14 del Cód. Penal importara una mayor pena, que “lo que se sancionaría con mayor rigor sería exclusivamente la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia no comprendida ni penada —como es obvio— en ésta” (CSJN, 16/8/88), que “la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito”, y que “es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta” (CSJN, 16/8/88).

Ningún argumento de los citados es entitativamente eficaz para demostrar que no se viole el principio *ne bis in idem*.

Constituye petición de principio afirmar que la reincidencia no viola el principio aludido porque éste prohíbe “nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena para ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal”. Allí el razonamiento sería que “considerar la condena anterior para agravar la nueva no viola la prohibición de una aplicación de pena por ese hecho, porque no le está prohibido al legislador hacerlo. En efecto, la aplicación de pena por el mismo hecho (violación al principio *ne bis in idem*) no se produce porque el legislador puede (no le está impedido) “tomar en cuenta la anterior condena —entendida ésta como un dato objetivo y formal— a los efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal”. En último análisis el argumento importaría decir que la reincidencia no viola el principio referido porque el legislador puede hacerlo. Copi, explicando las falacias no formales y especialmente la denunciada, señala que “a menudo dos formulaciones pueden ser suficientemente distantes como para oscurecer

el hecho de que una y la misma proposición aparece como premisa y como conclusión” [5, p. 94].

No mejora la situación cuando se aduce que con la prohibición de la libertad condicional, aunque se considerara que “comportase una mayor pena ..., lo que se sancionaría con mayor rigor sería exclusivamente la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia”, obviamente omisa en la misma.

Del mismo modo resulta viciado el razonamiento, pues afirma que se aplica mayor rigor por la conducta posterior a la primera sentencia porque en ésta —como es natural— no pudo comprenderse ni aplicarse la pena. Resulta claro que el “mayor rigor” es un concepto referenciado al “menor rigor” anterior. Es el menor rigor el que autorizaría el mayor rigor. Tampoco explica por qué no sea cierto que se viole el principio *ne bis in idem*, afirmando que la mayor severidad no se deba a la comisión del hecho anterior sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad, lo que pondría en evidencia mayor grado de culpabilidad en la conducta posterior por el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido, recae en el delito. Sólo porque hubo una condena anterior puede afirmarse que hubo un primer delito; en el nuevo se evidenciaría mayor grado de culpabilidad por el desprecio manifestado por la pena pues, habiéndola purgado, el autor reincide. Mas allá de que desoye la nutrida doctrina que duda de la evidencia de aumento de la culpabilidad, instituye la presunción de que ello ha sido así, de que hay desprecio por la pena. Remito aquí nuevamente al trabajo de Haffke, desde que da por entendido que el “funcionamiento” de la fórmula de la advertencia debería acreditarse [15, p. 186].

Otra obviedad que nada prueba es decir que “es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que no podría decirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta”. Ahora lo presumido es la insensibilidad, que —de todos modos— se evidenciaría sólo por la existencia de la condena anterior.

Es indiscutible que en la declaración de reincidencia cobra nueva vigencia la condena anterior, con lo que es a causa de la primera conducta que fuera juzgada en ella que se agrava la situación actual. De tal suerte —como lo propusieran Donna e Iuvaro [7, ps. 32 y 119] y Zaffaroni [39, p. 128]—, se impone la derogación de este instituto. Esa violación al principio *ne bis in idem* es la razón por la que —siguiendo el ca-

mino que en América Latina iniciara Colombia en 1980— el Código Penal del Perú de 1991 eliminó la reincidencia y la habitualidad.

En la Exposición de Motivos, la Comisión Revisora expresó acerca de estos institutos: “Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar, que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor) ... Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio *non bis in idem* ... todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social” [4, p. 34].

IV — Jurisprudencia

A — Fundamentos y requisitos de la reincidencia

1. La reincidencia es una situación jurídica del reo que depende de la comprobación objetiva de dos circunstancias: el cumplimiento efectivo de al menos una parte de la condena anterior —que debe haber sido dictada por un tribunal judicial del país, estar firme antes de la comisión del nuevo delito determinante de la reincidencia y tratarse de una sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad de efectiva ejecución— y que el nuevo ilícito —punible con prisión o reclusión— se cometa antes de transcurrido el término indicado en el último párrafo del art. 50 del Cód. Penal. [CNCas. Penal, Sala IV, 8/2/01, “Grijimovich, Ismael”, *LL*, 2001-D-767; ídem, Sala II, 29/9/98, “De la Canal, Mariano”, *LL*, 1999-E-361; ídem, Sala II, 8/7/98, “F., M. A.”, *LL*, 1999-F-772; *ED*, 180-1052].

2. El sometimiento o no del condenado por sentencia firme a un régimen de penado en la institución carcelaria en la que se encuentre no tiene relevancia a los fines de la reincidencia, toda vez que tal tratamiento es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena. [CNCas. Penal, Sala III, 8/9/99, “A., J. C.”, *ED*, 186-960].

3. La privación de la libertad en detención o prisión preventiva, computable a los fines de la condena conforme establece el art. 24 del Cód. Penal, no importa cumplimiento de pena, en los términos del art. 50 del Código de fondo, sino que es imprescindible para la procedencia del instituto previsto por esta última norma que la privación de la libertad haya sido sufrida en virtud de una sentencia firme que así lo ordena. [CNCas. Penal, Sala IV, 17/5/99, “Núñez, José G.”, *LL*, 2000-B-149; *DJ*, 2000-1-1275].

4. Para hacer aplicable el art. 50 del Cód. 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, que el individuo haya sentido en sí mismo y comprendido, que una determinada privación de libertad obedecía a una decisión condenatoria aplicada por la justicia penal, después de un proceso legal y en razón de haber sido encontrado culpable de cometer un delito. [CNCas. Penal, Sala II, 29/9/98, “De la Canal, Mariano”, *LL*, 1999-E-361].

5. Si el imputado cuenta con numerosos antecedentes penales y el nuevo delito se cometió antes de transcurrido el plazo previsto por el art. 50 del Cód. Penal —contado desde que venciera la última condena impuesta— debe ser considerado reincidente. [TOC n° 14, 28/10/99, “Pilar Puentes, Pedro S.”, *LL*, 2000-E-360; *DJ*, 2000-3-544].

6. La reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien pese a haberla sufrido antes, recae en el delito, siendo suficiente para acreditar el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, el antecedente de que haya cumplido total o parcialmente pena, independiente de su duración”. [TOC n° 25, 5/8/99, “Pérez, Norman J.”, *LL*, 2001-A-574].

B — Condición de reincidente

7. Que en la parte dispositiva de una sentencia no se indique la calidad de reincidente del condenado —en el caso, se revocó la libertad condicional del sujeto por expresa aplicación del art. 14 del Cód. Penal— no implica desechar sin más y con carácter de cosa juzgada dicho estado, pues su inclusión es el reconocimiento de un estado con lo cual el sujeto no deja la condición apuntada por simple omisión del juzgador. La reincidencia no precisa una declaración expresa para cobrar virtualidad —en el caso, se revocó la libertad condicional otorgada a un condenado en virtud de la falta de mantención de tal estado— pues es la propia ley la que señala cuándo y en qué condiciones se adquiere esa calidad. [CNCas. Penal, Sala IV, 22/2/00, “Orquera, Antonio C.”, *LL*, 2000-F-444; *ED*, 188-276].

8. Una vez que la persona ha adquirido la condición de reincidente en un caso dado, ya no la pierde por el transcurso del tiempo; se trata de un estado que no es susceptible de desaparecer o ser eliminado por vía de prescripción. [CNCas. Penal, Sala II, 29/9/98, “De la Canal, Mariano”, *LL*, 1999-E-361].

9. La nueva sentencia no es constitutiva del estado de reincidencia, sino declarativa de la comisión del nuevo delito que genera ese estado, y la adquisición de la calidad de reincidente no depende de que la sentencia que declara la existencia del hecho que la genera, declare reincidente al condenado. [CNCas. Penal, Sala II, 8/7/98, “F., M. A.”, *LL*, 1999-F-772; *ED*, 180-1052].

10. La reincidencia es una situación jurídica del reo, y su existencia depende de la comprobación de dos circunstancias: el cumplimiento efectivo de