

Revista Virtual INTERCAMBIOS, N° 15 – Noviembre
2011. <http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/>

¿LA REINCIDENCIA COMO UNA DOBLE CONTRADICCIÓN?¹

Mariana V. Suárez²

Sumario: 1- Introducción. 2- Acerca de las garantías constitucionales. 3- Recepción de la garantía del *ne bis in idem* en el ordenamiento interno. 4- El instituto de la Reincidencia. 5- Reincidencia vs. Prohibición de la doble persecución penal. 6- Un derecho penal de acto. 7- Reincidencia vs. Principio de culpabilidad 8- ¿La Reincidencia acorde a un derecho penal de acto?. 9- Conclusión.

1- Introducción.

El instituto de la reincidencia consagrado en el artículo 50 de nuestro Código Penal, ha merecido una diversidad de opiniones encontradas acerca de su legitimación o no.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en uno de sus fallos: “L`Eveque, Ramón Rafael s/ Robo”, ha establecido una postura legitimante del mencionado instituto, considerando que no vulnera ni el principio de la culpabilidad por el hecho, ni la garantía de prohibición de la doble persecución penal, haciendo además una mención al principio de igualdad, el cual tampoco considera violentado.

En el presente trabajo, intentaremos responder el interrogante que presentamos en el título, esto es si la reincidencia es una doble contradicción, por un lado al principio de *ne bis in idem* y por otro lado al principio de culpabilidad por el hecho, adelantando la respuesta como negativa respecto del primero y positiva respecto del segundo, en base a que nuestra ley penal argentina se basa en un derecho penal de acto.

Partiremos para ello, definiendo el concepto de garantías constitucionales, apelando a autores como Néstor P. Sagües, Luigi Ferrajoli, entre otros y una vez definido ello, detallaremos de dónde surge el reconocimiento en el ordenamiento interno de la

¹ Trabajo Final de la materia **Jurisprudencia Penal Comparada** de la Especialización en Derecho Penal, a cargo de los Profs. Ernesto Ferreira, Daniel Martínez Astorino, Mariano Lasarte y Mariana Venero.

² Abogada penalista. Alumna de la Especialización en Derecho Penal. Instructora en Fiscalía del Departamento Judicial de Mercedes.

garantía constitucional de la “prohibición de la doble persecución penal” o *ne bis in idem*, es decir sus antecedentes, concepto y alcances, esta vez siguiendo autores como Mariano H. Borinsky, Javier A. De Luca y Julio B. Maier, y citando determinados fallos.

Luego, plantearemos en qué consiste el instituto de la reincidencia y cómo juega su papel frente a los artículos 14, 41 y 52 del Código Penal, es decir cuáles serían las posibles consecuencias para aquel que es declarado reincidente en cuanto al cumplimiento de la pena acudiendo, en este caso, a textos de Benjamín Sal Llargués, Jorge De la Rúa y a los artículos del Código Penal.

Posteriormente presentaremos las distintas posturas acerca de la legitimación o no de la reincidencia frente a la garantía del *ne bis in idem*, haciendo alusión a los distintos fundamentos, tanto doctrinales como jurisprudenciales, y analizaremos cada una de ellas intentando responder la primera parte de nuestro interrogante.

De este modo, desembocaremos en la segunda porción de la pregunta, la que nos exige explicar en principio por qué nuestra legislación penal consagra un derecho penal de acto como regla fundamental. Posteriormente presentaremos las distintas posturas que legitiman o no el instituto de la reincidencia respecto del principio de culpabilidad por el hecho, intentando responder la última parte de nuestro interrogante.

2- Acerca de las garantías constitucionales.

Varias son las definiciones que se han ensayado con relación al concepto de garantías constitucionales; Luigi Ferrajoli nos indica que *“las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”*³.

Por su parte, Gregorio Badeni entiende que son garantías genéricas *“aquellas mediante las cuales pueden ser protegidas todas las libertades constitucionales... son todos los recursos establecidos en forma expresa o implícita por la Constitución y cuyos alcances no se limitan a la defensa de los derechos individuales, sino que también a la defensa de las instituciones y del sistema constitucional”*⁴.

En otro orden, Néstor P. Sagües concibe a las garantías *“como herramientas o medios para efectivizar los derechos”*⁵ y Julio B. Maier aclara que *“las garantías sólo juegan a favor, no en contra, de quién sufre el poder penal del Estado”*⁶.

En síntesis, las garantías constitucionales son aquellos instrumentos con los que cuenta el individuo para proteger y efectivizar no solamente sus derechos, sino también las instituciones democráticas y todo el sistema constitucional.

³ Ferrajoli, Luigi, “Derechos y Garantías. La Ley del más Débil”, Ed. Trotta, 1999, pág. 25.

⁴ Badeni, Gregorio, “Derecho Constitucional”, pág. 489.

⁵ Sagües, Néstor Pedro, “Elementos de Derecho Constitucional”, Tomo II, 2ª edición, Ed. Astrea, 1997, pág. 227.

⁶ Maier, Julio B., “Derecho procesal penal”, Tomo I, 2ª edición, Ed de Puerto, 2004, pág. 602.

3- Recepción de la garantía del *ne bis in idem* en el ordenamiento interno.

Concepto

El principio de *ne bis in idem*, también denominado *non bis in idem* o “prohibición de la doble persecución penal” es una garantía constitucional.

En palabras de Mariano H. Borinsky diremos que el mismo *“impide que una persona sea condenada o perseguida (simultánea o sucesivamente) más de una vez por la misma conducta penal. ...sobre un mismo acontecimiento histórico subsumible en uno o varios tipos penales no puede existir para el justiciable más de una consecuencia penal. Así, sólo puede haber una única persecución estatal y una única condena por un mismo hecho”*⁷.

Fundamento

El fundamento de ésta garantía procesal, como bien expresa Mariano H. Borinsky, es *“que la libertad individual no estaría debidamente protegida si existiera la posibilidad de que el Estado efectuara una serie indefinida de procesos contra una persona y por un mismo hecho. Se trata, en definitiva, de una garantía contra el poder coercitivo del Estado. Mediante esta garantía se pretende impedir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para perseguir penalmente y llegar a condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad”*⁸.

Reconocimiento del *ne bis in idem* en nuestro ordenamiento.

Nuestra Constitución Nacional no previó originariamente en forma expresa esta garantía, sin embargo en función a su art. 33, según el cual la enunciación no es limitativa, se la reconoció como una de las garantías no enumeradas, que surgían del sistema republicano y del Estado de Derecho.

Como explica Javier A. De Luca, *“La Constitución Nacional Argentina no menciona expresamente la prohibición contra la doble persecución criminal. Prueba de que no era considerada una garantía independiente y además, que no necesariamente gozaba de rango constitucional, es la sentencia dictada en 1960 por la Corte Suprema, en Fallos, 248:232, donde se sostuvo que el principio contra la doble irreiterabilidad del procesamiento podía llegar a integrar a título de hipótesis la garantía de la defensa en*

⁷ Borinsky, Mariano Hernán, Página Web “ElDial.com.BibliotecaJurídicaOnline: Principio non bis in idem. Concurrencia de consecuencias jurídico penales. Concurrencia de sanciones. administrativas y penales. El análisis en el campo de lo delitos económicos” AñoVIII, éste trabajo se basa en la oposición realizada el 7/3/2005 en la Facultad de Derecho U.B.A. por la cual accediera a la plaza de adjunto regular del Departamento de Derecho Penal y Criminología.

⁸ Borinsky, Mariano Hernán, Página Web: “ElDial.com.BibliotecaJurídicaOnline: Principio non bis in idem. Concurrencia de consecuencias jurídico penales. Concurrencia de sanciones administrativas y penales. El análisis en el campo de lo delitos económicos” AñoVIII, éste trabajo se basa en la oposición realizada el 7/3/2005 en la Facultad de Derecho U.B.A. por la cual accediera a la plaza de adjunto regular del Departamento de Derecho Penal y Criminología.

juicio. Es recién en el caso “Mattei” de 1968 (Fallos, 272:188, consid.15) donde la Corte le asigna ambas calidades”⁹.

Por otra parte, Julio B. Maier expresa que “Su significado como garantía individual ha sido reconocido internacionalmente. Con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la misma Asamblea General concluyó el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, según cuyo art. 14, n° 7: ‘Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país’. En el ámbito americano, La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone en su art. 8, n° 4, con una cláusula tan limitativa (cosa juzgada) cuánto drástica (imposibilidad del recurso de revisión en contra del absuelto): ‘El inculpado absuelto por una sentencia no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos’. Todas éstas declaraciones pasaron a formar parte del Derecho interno de la República Argentina (leyes n° 23.313 y 23.054), hoy, incluso, como reglas de jerarquía constitucional (CN, 75, inc.22)”¹⁰.

Por su parte, nuestro Código Procesal Penal de la Nación establece en su art. 1° “Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”.

Así, siguiendo las palabras de Javier A. De Luca¹¹, éste nos explica que el autor del proyecto del Código vigente desde 1992 (ley 23.984) Ricardo Levene, expresó que el Título I del mismo se funda en cláusulas de la Constitución Nacional.

El art. 1° contiene los principios constitucionales del juez natural y del juicio previo que menciona la Constitución Nacional en su art. 18, y otros principios que, antes de su reforma en el año 1994, surgían implícitamente como la que nos encontramos desarrollando.

Triple identidad

De acuerdo a lo explicado por Julio B. Maier, para que opere este principio, se requiere una triple identidad, así: “los juristas... han requerido la conjunción de tres identidades distintas para dar solución abstracta a la infinidad de casos posibles. Ellas son mencionadas en latín: *eadem persona* (identidad de la persona perseguida), *eadem res* (identidad del objeto de la persecución) y *eadem causa petendi* (identidad de la causa de la

⁹ De Luca, Javier Augusto, “Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: Non nis in idem. Derecho a una rápida decisión judicial. Reformatio in peius. Iura curia novit”, año VI- n° 10c-200, Ed Ad hoc, Diciembre 2000, pág. 176-177.

¹⁰ Maier, Julio B., “Derecho procesal penal”, Tomo I, 2° edición, Ed de Puerto, 2004, pág.596.

¹¹ De Luca, Javier Augusto, “Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: Non nis in idem. Derecho a una rápida decisión judicial. Reformatio in peius. Iura curia novit”, año VI- n° 10c-200, Ed Ad hoc, Diciembre 2000, pág. 179.

*persecución)*¹².

En otras palabras, para sostener la garantía contra un doble enjuiciamiento, se requiere que se trate de la misma persona física o jurídica (cuando se permite su persecución penal) y que tenga condición de imputado, es decir que sea el mismo imputado en una y otra persecución penal.

A su vez, debe tratarse del mismo suceso, es decir de un acontecimiento real, que sucedió en un lugar y en un momento o período determinado, aunque las circunstancias imputadas o conocidas en el segundo sean más o distintas de las conocidas en el primer juzgamiento.

Y por último, el primer juez debe haber agotado el examen de la pretensión punitiva a la luz de todo el derecho penal, es decir no debe haber carecido de jurisdicción o competencia material para hacerlo.

Alcances del principio

Maier¹³ opina que el alcance del principio es el más amplio en su interpretación y que la doctrina nacional ha hecho caso omiso de las diversas palabras utilizadas para definir el principio, considerando que la ley argentina pretende proteger a cualquier imputado (concebido como aquel indicado, con o sin fundamento, como autor de un delito o partícipe en él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida, única interpretación compatible si se quiere garantizar, un verdadero Estado de derecho y si se quieren evitar sinrazones en la aplicación práctica del principio.

Las leyes procesales penales, han dado razón a este punto de vista, que representa el mayor alcance del principio, pues regulan siempre excepciones de cosa juzgada y litis pendencia, oponibles desde el comienzo del procedimiento.

4- El instituto de la Reincidencia.

El Dr. Benjamín Sal Llargués define a la reincidencia *como: "la recaída en el delito, dentro de un período relativo de tiempo, tras otra sentencia condenatoria. ...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"*.¹⁴

A su vez, nuestro ordenamiento recepciona tal instituto en su artículo 50, expresando: *"Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena."*

¹² Maier, Julio B., "Derecho procesal penal", Tomo I, 2^o edición, Ed de Puerto, 2004, pág. 603.

¹³ Maier, Julio B., "Derecho procesal penal", Tomo I, 2^o edición, Ed de Puerto, 2004, pág. 602.

¹⁴ Sal Llargués, Benjamín, "Acerca de la reincidencia", Pág. Web de la defensoría del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires: www.defensapublica.org.ar , Revista del año 2000, pág.1.

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 aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años”.

Como se vislumbra nuestra ley penal adopta un sistema de reincidencia real y así bien lo explica el Dr. Jorge de la Rúa: *“En el sistema del Código anterior a la ley 23.057, se sostenía de modo uniforme que el antiguo art. 50, adoptaba el sistema de reincidencia ficta, determinando que la esencia de la reincidencia era el alzamiento contra la condena, por lo cual la primera condena podría ser condicional. La reforma de 1984 la ha sustituido por un sistema de reincidencia real, de modo explícito en su fundamentación legislativa (se ha sostenido que con ello se evitarán las situaciones injustas de tener que calificar de reincidente a quien jamás ha estado encarcelado), acudiendo a una fórmula referida a ‘quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad...’ como precedente necesario de la reincidencia”¹⁵.*

Hasta aquí hemos hecho una breve reseña acerca del significado del instituto en cuestión y su recepción en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que es momento de preguntarnos cuáles son las consecuencias de su aplicación.

En primer lugar, el art. 41 inciso 2º del Código Penal dispone que el juez, al momento de fijar la pena, tomará en cuenta con respecto al autor: *“la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.*

En segundo lugar, el art. 14 del Código Penal establece: *“La libertad condicional no se concederá a los reincidentes”.*

Y en tercer lugar, el art. 52 del Código Penal indica: *“Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1º. cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años. 2º. cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores. Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26”.*

¹⁵ De La Rúa, Jorge, “Código Penal Argentino Parte General”, 2º Edición, Ed. Lexis Nexis, 1997, págs. 901/902.

En resumen, los efectos de la declaración de reincidencia se expresan en:

- la imposibilidad de obtener la libertad condicional;
- como circunstancia de individualización de la pena, operando generalmente de modo agravatorio (lo que podría dar lugar a planteos de inconstitucionalidad, ya que podría creerse que funciona como doble agravante: por un lado para ponderar la pena y por otro declarando la reincidencia);
- como fundamento de imposición de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado para la última condena, en caso de multirreincidencia.

5- Reincidencia vs. Prohibición de la doble persecución penal.

Muchos son los criterios que la jurisprudencia y la doctrina han adoptado en función a la legitimidad o no del instituto de la reincidencia.

Podemos distinguir entre aquellos que afirman la legitimidad del instituto, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación; parte de la doctrina nacional como Carrara y Luis García, entre otros, la doctrina alemana con uno de sus exponentes Armin Kaufmann, y aquellos que niegan su legitimidad como lo hacen Julio B. Maier, Eugenio R. Zaffaroni, Patricia S. Ziffer y Benjamín Sal Llargués, entre otros.

Es necesario aclarar que las principales objeciones se distinguen en dos grandes grupos, por un lado las dirigidas al principio de la culpabilidad por el hecho, y por otro lado las relacionadas con la garantía del *ne bis in idem*, en este acápite analizaremos las distintas posturas en función a esta última.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “L’Eveque, Ramón Rafael s/ robo” examinando la congruencia constitucional entre lo dispuesto por el art. 14 del Código Penal, es decir, la imposibilidad de obtener la libertad condicional como consecuencia de la reincidencia, y los principios fundamentales de igualdad ante la ley y *ne bis in idem* ha dicho en parte del considerando: 7) “... el principio *ne bis in idem*, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena –entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. ...lo que 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”¹⁶.

De esta forma la Corte Suprema ha afirmado la legitimidad del instituto de la reincidencia y así lo ha hecho parte de la doctrina, como el Dr. Carrara¹⁷ quien le otorga legitimidad alegando que: “se trata de un aumento de pena (agravación del delito posterior) y no de un aumento de imputación, pues en este segundo caso se volvería a tomar en cuenta un delito ya juzgado”.

De otro costado, entre las posturas que le otorgan ilegitimidad al instituto en base a su pugna frente la garantía de la prohibición de la doble persecución penal, encontramos la opinión de Benjamín Sal Llargues, quien indica que afirmar que la reincidencia no viola

¹⁶ Fallos 311:1451.

¹⁷ Maier, Julio B., “Derecho procesal penal”, Tomo I, 2ª edición, Ed de Puerto, 2004, pág. 643.

el principio aludido -como así lo hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación- *“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 que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal` (C.S.J.N. 21/04/1988) es como decir que `considerar la condena anterior para agravar la nueva no viola la prohibición de una aplicación de pena por el mismo hecho, porque no le está prohibido al legislador hacerlo. ...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). ...En último análisis el argumento importaría decir que la reincidencia no viola el principio referido porque el legislador puede hacerlo”*¹⁸.

“En efecto, cualquiera 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”.¹⁹ Y así, cita a Ferrajoli que a su vez toma consideraciones de Pagano y Morelly señalando *“cómo el primero afirmaba que la pena extinguía el delito y devolvía la condición de inocente a quien la había soportado y el segundo que reclamaba castigo a quien `osare recordar públicamente las penas sufridas en el pasado por alguien a causa de delitos precedentes”*.²⁰

“Esa violación al principio ne bis in idem es la razón por la que, siguiendo el camino que en América Latina iniciara Colombia en 1980, el Código Penal del Perú de 1991 eliminara la reincidencia y la habitualidad”.²¹ *“En la Exposición de Motivos, la Comisión Revisora expresó 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) ...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 recordar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social”*²².

Asimismo, Eugenio R. Zaffaroni presenta su postura en las sentencias de los siguientes casos: CCC, Sala VI, “Varela, L. R., s/libertad condicional”, 27/12/1985; CCC, Sala II,

¹⁸ Sal Llargués, Benjamín, “Acerca de la reincidencia”, Pág. Web de la defensoría del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires: www.defensapublica.org.ar , Revista del año 2000, pág.6.

¹⁹ Sal Llargués, Benjamín, “Acerca de la reincidencia”, Pág. Web de la defensoría del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires: www.defensapublica.org.ar , Revista del año 2000, pág.5.

²⁰ Sal Llargués, Benjamín, “Acerca de la reincidencia”, Pág. Web de la defensoría del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires: www.defensapublica.org.ar , Revista del año 2000, pág.5.

²¹ Sal Llargués, Benjamín, “Acerca de la reincidencia”, Pág. Web de la defensoría del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires: www.defensapublica.org.ar , Revista del año 2000, pág.7.

²² Sal Llargués, Benjamín, “Acerca de la reincidencia”, Pág. Web de la defensoría del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires: www.defensapublica.org.ar , Revista del año 2000, pág.7.

“Reyes Medina, M. s/libertad condicional”, 03/06/1986; CCC en pleno, “Guzmán, Miguel A.”, Pl. n° 39 bis, 08/08/1989.

En los dos primeros, el voto del juez Eugenio R. Zaffaroni, que representa la minoría, rechaza la vigencia del art. 14 del Código Penal ya que deja de lado el principio constitucional del *ne bis in idem*, debido a que se toma en cuenta nuevamente el delito ya juzgado.

En el mismo sentido, en el plenario mencionado, representando nuevamente la minoría expresa que: *“...toda consecuencia más gravosa del segundo delito deriva de un primer delito que ya ha sido juzgado en sentencia firme”;* y agrega *“no tiene sentido caer en sutilezas ilógicas, como pretender que deriva de la condenación anterior o del cumplimiento de la pena, porque, en definitiva, cualquier matiz de éstos obedece al hecho básico de un primer delito, sin el cual no pueden concebirse”*.

Por otra parte, Patricia S. Zzifer expresa que subsiste una violación al principio *ne bis in idem* en su aspecto material, a través de lo que se conoce como la prohibición de doble valoración.

Explica que: *“...las valoraciones que el legislador tuvo en cuenta para la formulación misma del tipo quedan consumidas, y no pueden ser nuevamente utilizadas por el juez para fundamentar la pena. Para graficarlo con un ejemplo burdo, frente a un homicidio, el juez no podría valorar el hecho de que el autor, con su acción, haya producido la muerte de una persona. Pues esto es, justamente, lo que fundamenta el ilícito del homicidio”*²³.

Además, propone lo siguiente: *“la reincidencia no necesariamente debe ser interpretada como una circunstancia agravante. El respeto por el principio de culpabilidad impone que se tomen en cuenta a favor del autor las posibles deficiencias que le hayan impedido actuar conforme a derecho, a pesar de la pena anterior. En ese caso, el juez deberá compensar la mayor gravedad de la ejecución con una pena de menor duración. Si esta situación no se da, y si el nuevo hecho efectivamente se corresponde con una mayor culpabilidad, ello no podrá ser computado para aumentar la duración de la pena, porque la mayor culpabilidad del reincidente ya fue computada por el legislador al impedirle obtener la libertad condicional. De lo contrario, se estaría violando la prohibición de doble valoración”*²⁴.

Habiendo expuesto las distintas posturas, fuimos tentados a apoyar a aquellas que sostienen que el instituto de la reincidencia vulnera la garantía del *ne bis in idem*. Inclusive el Dr. Carrara nos tentó a rebatir su fundamento cuando sostuvo que se trata de un aumento de pena (la agravación del delito posterior) y no de un aumento de imputación; respondiendo a ello, que es indudable que si existió una pena, es porque hubo una imputación o un hecho, los cuales son inseparables, por lo que el aumento de todas formas surgiría de un delito que ya fue juzgado.

En este sentido, pensamos en acompañar al Dr. Julio B. Maier cuando contestó al mismo

²³ Zzifer, Patricia S., “Cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal: Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración”, Tomo III (7), Ed Ad hoc, Diciembre 1997, pág.115.

²⁴ Zzifer, Patricia S., “Cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal: Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración”, Tomo III (7), Ed Ad hoc, Diciembre 1997, pág.117-118.

Carrara que su razonamiento representa un juego de palabras, porque el principio que estudiamos considera ilegítimo tanto culpar nuevamente a una misma persona por un hecho ya juzgado, cuanto imponerle de nuevo una pena.

Cómo no entender, como así lo expresa Eugenio R. Zaffaroni, que la consecuencia más gravosa del segundo delito deriva de un primer delito que ya ha sido juzgado, o considerar como lo plantea Benjamín Sal Llargues que, cualquiera que fuera la explicación que se le quiera asignar, lo cierto es que el primer hecho ya juzgado es puesto a cuenta del condenado por el segundo delito.

Pero al cabo de repasar una y otra vez el fundamento que expresara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "L'Eveque, Ramón Rafael s/ Robo", descubrimos que todo radica en comprender correctamente de qué se trata la garantía de la prohibición del doble juzgamiento, sin desvirtuar sus alcances. Es tan simple como entender que dicha garantía prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho.

Es el mismo Julio B. Maier quien explica que, para que opere tal principio, se requiere de una triple identidad: identidad en la persona, identidad en el objeto e identidad en la causa; lo que en el caso de la reincidencia no operaría, aquí se agrava la pena del segundo delito, en base a que el imputado en el pasado cometió otro hecho delictivo, pero no se toma en cuenta la misma imputación y la misma pena de aquel hecho para agravar la segunda, es decir no se apela a una identidad en el objeto.

Inclusive tampoco implica una identidad de pena, ya que no se le suma a la segunda íntegramente la primera, ni tampoco una identidad de causa, porque no estamos frente a un juez ejerciendo nuevamente su competencia en base al primer delito, a pesar de que el anterior haya agotado el examen de la pretensión punitiva a la luz de todo el derecho penal.

Justamente la garantía del *ne bis in idem* trata de esas identidades que van de la mano y no separadamente. En este caso quien utiliza un juego de palabras es el Dr. Julio B. Maier al decir que "*el principio que estudiamos considera ilegítimo tanto culpar de nuevo a una misma persona por un hecho ya juzgado cuanto imponerle de nuevo una pena*", no es una u otra cosa, son ambas. Debemos estar juzgando un mismo acontecimiento histórico y aplicando una misma pena, ejerciendo el mismo examen punitivo, jurisdicción o competencia que el anterior juez.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo resume muy claramente: el aumento de la segunda pena simplemente deviene de tomar un dato objetivo y formal acerca de que el imputado de este nuevo delito ya había incurrido, en el pasado, en la comisión de otro hecho delictivo.

Y aquí nos permitimos abrir un paréntesis, para rebatir la posición de Patricia S. Zzifer, quien cree que la reincidencia implica una doble valoración prohibida, lo que a nuestro entender no sucede si consideramos, por un lado la mensuración de la pena y, por otro lado, que ese dato objetivo y formal es el que luego nos genera la declaración de la reincidencia.

En el primero, el hecho de que una persona sea reincidente permite tenerlo en cuenta para mensurar la pena en los términos del art. 41, pero siempre dentro de lo que se denomina antecedentes, porque no podremos valorar los antecedentes y además la reincidencia. En el segundo, ese dato objetivo y formal de un primer delito sólo habilita a

una declaración de reincidencia.

Ahora bien, estamos de acuerdo en que interpretar la garantía en forma íntegra y sin desvirtuarla permite la aplicación del instituto de la reincidencia y de ningún modo avasalla los derechos del individuo, pero ¿qué hay detrás de ese dato objetivo y formal del que habla la Corte?... indudablemente hay una persona, “*un reincidente*”, lo que nos lleva a preguntarnos: ¿se trata de una persona etiquetada? (como lo llama Julio B. Maier), ¿estamos echando mano a un derecho penal de autor?.

6- Un derecho penal de acto

El artículo 19 de la Constitución Nacional establece en su primera parte: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...*”.

Esto nos indica, en primer lugar, que lo único que puede ser objeto o materia de una prohibición son acciones y en segundo lugar, que las acciones que se pretendan prohibir deben poseer determinadas características.

Esta garantía que consagra el artículo en cuestión, significa la consagración del derecho penal de acto como regla fundamental.

Mario Magariños nos explica “*el `criterio de utilidad` como fue formulado por Grocio, Hobbes, Puffendorf, Thomasius, Beccaria y Bentham, otorga base a la idea de que sólo acciones externas y no `los actos internos`, pueden constituir materia de prohibición, pues por una parte, los actos internos, esto es: los malos pensamientos y las intenciones, de igual modo que los `vicios` y la `maldad de ánimo`, no son perjudiciales para nadie y nadie está interesado en su punición ni se preocupa por vengarlos. Por otro lado, una prohibición estará condenada a ser ineficaz cuando resulte del todo imposible controlar su inobservancia*”²⁵.

En el mismo sentido se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados precedentes, ha establecido que el artículo 19 de la Constitución Nacional, en su primera parte, ordena al legislador sólo prohibir o mandar realizar conductas.

Así afirma en uno de sus fallos: “*...no es conciliable con los principios básicos de nuestra Constitución establecer un sistema represivo que formule tipos penales que no estén fundados en la descripción de conductas punibles, sino en características personales... Un Derecho Penal, centrado exclusivamente en las características del sujeto y desinteresado de sus conductas, abriría el camino de la arbitrariedad estatal al punir categorías de personas por el sólo hecho de pertenecer a ellas*”²⁶.

Por todo ello, Mario Magariños entiende que “*es pues en virtud de la garantía constitucional, del Derecho Penal de acto establecida en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que resulta posible entender al principio de culpabilidad como culpabilidad por*

²⁵ Magariños, Mario, “Cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal: Reincidencia y Constitución Nacional (El resabio de un “modelo peligroso” de Derecho Penal)” Tomo III (7), Ed Ad hoc, Diciembre 1997, pág. 94.

²⁶ Fallo: 313:1333, voto del juez Enrique Santiago Petracchi, considerando 8, letra b.

el hecho o acto ilícito. A partir de allí puede sostenerse que, ya desde normativa constitucional, `...el concepto de culpabilidad... tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad`”²⁷.

7- Reincidencia vs. Principio de culpabilidad.

En este acápite, nos ocuparemos de presentar las distintas posturas que otorgan legitimidad e ilegitimidad al instituto de la reincidencia en base al principio de culpabilidad por el hecho.

Así pues, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente: “Ramón Rafael L’Eveque”, examinando la congruencia constitucional entre lo dispuesto por el art. 14, del Código Penal, es decir, la imposibilidad de obtener la libertad condicional como consecuencia de la reincidencia y el principio de culpabilidad por el hecho, ha dicho en la segunda parte del considerando 7): “*...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 (confr. G. 198XX “Gómez Dávalos, Sinforiano s/ recurso de revisión”, del 16 de octubre de 1986).*”.

El mismo fundamento otorga al instituto, dice Magariños²⁸, parte de la doctrina nacional como el Dr. Luis García que también sostiene “*...lo que funda la agravante es una mayor culpabilidad que se expresa en el desprecio que manifiesta por la amenaza penal quien conoce ya en qué consiste una pena por haberla sufrido*”.

En este sentido, “*el argumento no es nuevo y su origen más cercano se puede encontrar en la 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 al instituto de la reincidencia. En esa sentencia se estableció que: `la agravación conforme el parágrafo 48 StGB requiere que al autor, en consideración a la clase y circunstancia de los delitos, se le pueda reprochar que no ha tomado como advertencia las anteriores condenas`, pues `quien prescinde de los impulsos de contención establecidos en las condenas anteriores actúa, en determinadas circunstancias, con incremento de energía criminal, y por lo tanto con*

²⁷ Magariños, Mario, “Cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal: Reincidencia y Constitución Nacional (El resabio de un “modelo peligroso” de Derecho Penal)” Tomo III (7), Ed Ad hoc, Diciembre 1997, pág.98.

²⁸ Magariños, Mario, “Cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal: Reincidencia y Constitución Nacional (El resabio de un “modelo peligroso” de Derecho Penal)” Tomo III (7), Ed Ad hoc, Diciembre 1997, pág.89.

*incremento de culpabilidad*²⁹.

Asimismo, podemos mencionar la postura de Armin Kaufmann -elaboración anterior a la “fórmula de la advertencia”- : *“lo ilícito consiste aquí 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 arraigar en ti la tendencia a cometer delito`... se trata entonces de dos contrariedades al deber, de la lesión de dos normas distintas...”* y en consecuencia, según este autor, existen *“...dos reproches de culpabilidad, es decir, el reproche de no haber cumplido dos deberes a pesar de la capacidad para hacerlo...”*, por lo tanto, detrás de la ley que describe la reincidencia, afirma Kaufmann, *“se encuentra una norma propiamente dicha, una norma general, es decir, un mandato de orientar al valor la formación del carácter”*³⁰.

Por otra parte, entre las posturas que le otorgan ilegitimidad al instituto en base a su pugna frente al principio de la culpabilidad por el hecho, encontramos la opinión de Julio B. Maier, quien indica: *“...aquello que se toma en cuenta para que esta agravante genérica incida sobre la escala penal o tan solo sobre la forma de cumplir la pena, no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho, que `etiqueta` al autor de la condena o la pena sufrida. El hecho punible anterior, en sí, no se vuelve a juzgar, ni se pena nuevamente, sino que la condena o la pena sufrida determina una clase especial de autores, igual a la que establecemos cuando decimos `funcionarios públicos`, `militares`, `jueces`, etc., y agravamos, por esa calidad, la pena de algún delito (por ej., CP, 144 bis, inc. 1). Dogmáticamente, se trataría, así, de uno de los llamados delitos impropios, porque la calidad de autor no funda la prohibición pena, sino que sólo la agrava. La agravación por reincidencia no sería más que una agravante para autores o partícipes especiales, en los delitos para los cuales procede, que sólo por comodidad el legislador ha expresado de manera genérica: de la misma manera podría haberla expresado en cada uno de los tipos básicos que comprende”*³¹.

En este sentido continúa explicando: *“El lugar preciso para la crítica de la reincidencia es el principio de culpabilidad, comprendido como responsabilidad por lo hecho, propio del Derecho penal material, entendido como Derecho penal de acto. Se nota claramente, según la tesis sostenida, que no se reprime más gravemente porque se ha perpetrado una infracción más grave, o por un conocimiento superior sobre la antijuridicidad del hecho (mayor reproche como consecuencia de una mayor intensidad delictiva), sino únicamente porque se responde a un autor específico, a alguien que de antemano se `etiqueta` genéricamente, estableciendo para él si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho. Criminológicamente se diría, con claridad, que el sistema penal así estructurado discrimina a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, y lo trata de manera diferente al resto de las personas, al colgarle la etiqueta de delincuente. La racionalidad de esta estructura no corresponde que sea discutida aquí; sin embargo, permítaseme confesar que siempre he*

²⁹ Magariños, Mario, “Cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal: Reincidencia y Constitución Nacional (El resabio de un “modelo peligroso” de Derecho Penal)” Tomo III (7), Ed Ad hoc, Diciembre 1997, pág.89.

³⁰ Kaufmann, Armin, “Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna”, traducción de Bacigalupo y Garzón Valdéz, Ed Desalma,1997, pág. 283-284.

³¹ Maier, Julio B., “Derecho procesal penal”, Tomo I, 2^o edición, Ed de Puerto, 2004, pág.644.

*creído en un Derecho penal de acto y me parece injusto, según lo explicado, fundar un Derecho de autor, del cual los efectos de la reincidencia resultan un ejemplo claro*³².

En esta línea de pensamiento ubicamos a H. Mario Magariños, quien postula: *“esa pretendida mayor gravedad de la culpabilidad es claro que ninguna relación guarda con la gravedad de la conducta prohibida por la norma y descripta en la ley a la que debe ajustarse, en su monto máximo, la reprochabilidad y la sanción a imponer”*³³.

8- ¿La Reincidencia acorde a un derecho penal de acto?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación fundamenta la validez de la reincidencia en base a un criterio de mayor culpabilidad que se le debe realizar al individuo por el *“desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito”*, un motivo que sin dudas apela a consideraciones de carácter preventivo especial.

En el mismo considerando hace referencia a otro de sus fallos: *“Gómez Dávalo, Sinforiano s/ recurso de revisión”*, del 16 de octubre de 1986, en el que el Procurador General, Juan Octavio Gauna, indica que *“el mensaje de elevación con que el Poder Ejecutivo remitió su proyecto al Congreso Nacional sostuvo que el mantenimiento del instituto de la reincidencia debe fundarse en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial”* y el tribunal en el considerando 5º) explica: *“lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida.”*.

Como se advierte sin esfuerzos, ese mayor reproche que se le debe hacer al individuo, tomando en cuenta consideraciones de carácter preventivo, en donde una supuesta tendencia al delito reclamaría un mayor tratamiento por vía de la agravación, es sin dudas tributaria de un derecho penal de autor, derecho que contraría claramente el art. 19 de nuestra Constitución Nacional.

Tanto las consideraciones para agravar la pena de carácter preventivo como de culpabilidad, son ajenas a la conducta del imputado y parecen motivadas en su moral, en su personalidad, en sus cualidades, cuestiones que nuestra Constitución Nacional manda a ser ajenas al legislador.

Nuestro más alto tribunal considera necesario agregar a la segunda pena del *“reincidente”* una dosis de re-socialización, lo que nos hace topar con algunos obstáculos: ¿qué sucedería cuando la primera condena fuese cumplimentada de modo parcial?, ¿cuál es el tiempo parcial necesario para que un tribunal pueda determinar que la pena que sufrió un individuo privado de la libertad cumplió su fin re-socializador, teniendo en cuenta que en este caso el tratamiento no se cumplimentó en forma total?.

³² Maier, Julio B., “Derecho procesal penal”, Tomo I, 2ª edición, Ed de Puerto, 2004, pág.644.

³³ Magariños, Mario, “Cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal: Reincidencia y Constitución Nacional (El resabio de un “modelo peligroso” de Derecho Penal)” Tomo III (7), Ed Ad hoc, Diciembre 1997, pág.99.

Si como dice el Procurador Juan Octavio Gauna en su dictamen: *“la razón de ser de la declaración de reincidencia es la mayor insensibilidad a la pena demostrada por quien la soportó efectivamente y hubo tomado conciencia de haberla sufrido”*,³⁴ ¿cuánto es el tiempo que se puede considerar de advertencia?

Siguiendo esta línea de razonamiento, podríamos preguntarnos por qué castigar aún más a la persona que fracasó en su tratamiento; por qué, como explica Patricia Zziffer citando a Stratenwerth, no pensamos que *“lo contrario es absolutamente posible, es decir, que la reincidencia demuestra que el autor carece de la capacidad de elaborar esa experiencia previa y de trasladarla a una decisión reflexiva. O como lo ha dicho Donna en la doctrina nacional, la recaída en el delito es la demostración de la menor capacidad del autor para conducirse conforme a las exigencias que le formula el Derecho. Si el reproche se hace a la persona que puede conducirse de otra manera, no se entiende por qué se le agrava la pena a quien demuestra lo contrario con los hechos”*³⁵.

Redoblando la apuesta, por qué no preguntarnos si el que fracasó fue el Estado y le estamos asignando lo sucedido al individuo, agravándole una pena, no en base a un acontecimiento histórico, a un hecho, a un acto delictivo que cometió, sino en base a su incapacidad personal de re-socializarse.

Y yendo un poco más allá: ¿existe la re-socialización?, ¿a qué llamamos re-socialización?, ¿por qué obligar a una persona a re-socializarse?, ¿Puede el Estado exigir ello?, ¿qué sucede con aquellas personas a las que no resulta necesario aplicar tal tratamiento?

Ante todo debemos respetar el derecho penal de acto consagrado en nuestra Constitución Nacional, nuestro derecho no puede ni debe castigar personalidades, ni formas de ser, sino únicamente hechos, conductas que la ley pueda tipificar, describir de forma lo más precisa posible, una exigencia que parece en peligro cuando se confiere a la pena o en este caso a la reincidencia una función re-socializadora.

Todas estas son reflexiones y preguntas que cada vez nos alejan más del hecho concreto que se debería estar juzgando, del acto delictivo, que es el único al que le corresponde una pena.

Asimismo, estos argumentos que expresa la Corte y parte de la doctrina nacional, como planteamos en el acápite 7, no son nuevos y su origen más cercano se puede encontrar en la denominada por la dogmática alemana *“fórmula de la advertencia”*, teoría que ya rebatían autores como Bernhard Haffke –con quienes estamos totalmente de acuerdo– en su artículo *“Reincidencia y medición de la pena”*, cuando expresaba *“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”*, y como Frosch, quien dijo: *“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*

³⁴ Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Gómez Dávalo, Sinforiano s/ recurso de revisión”, 16/10/1986, Dictámen del Procurador General pág. 1943.

³⁵ Zzifer, Patricia S., “cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal: Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de la doble valoración”, Tomo III (7), Ed Ad hoc, Diciembre 1997, pág. 109.

infracción y sus consecuencias. ...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”³⁶.

9- Conclusión.

Al comienzo del presente trabajo, definimos las garantías constitucionales, las que fundamentalmente y entre otras cosas, protegen los derechos de los individuos, e inmediatamente nos topamos con una frase muy conocida del Dr. Julio B. Maier: *“las garantías sólo juegan a favor, no en contra, de quién sufre el poder penal del Estado”*.

Esto nos llevó a preguntarnos si el instituto de la reincidencia hace jugar en contra del imputado la garantía de *ne bis in idem*, pero rápidamente y haciendo un pequeño repaso sobre el principio en cuestión, verificamos que todo radica en una correcta interpretación del mismo, entendiendo ello como un análisis armónico con el resto del ordenamiento jurídico.

Así, descubrimos que, sin desvirtuar e inclusive sin realizar un análisis acotado de la garantía, ésta simplemente prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho.

Para que opere tal principio se requiere de una triple identidad, identidad en la persona, identidad en el objeto e identidad en la causa, las tres cuestiones van de la mano, no es ni una, ni la otra, debemos estar en presencia de un mismo acontecimiento histórico, una misma pena y una misma pretensión punitiva agotada en el primer caso.

Esto claramente no sucede con el instituto de la reincidencia en el que se agrava la pena del segundo delito, en base a que el imputado en el pasado cometió otro hecho delictivo, no apelando de ningún modo a la misma imputación ni a la misma pena del primer hecho, es decir no requiriendo identidades de objeto, de pena y de causa.

No hay dudas que, a nuestro entender, es correcto el análisis de nuestro más Alto Tribunal cuando indica que se apela tan solo a un dato objetivo y formal, el que de ninguna manera se utiliza para volver a juzgar un hecho del pasado.

Ahora bien, como adelantamos al finalizar el análisis de la primera parte de nuestro trabajo, lo que nos preocupa es qué hay detrás de ese *“dato objetivo y formal”* del que nos habla la Corte, porque indudablemente hay una persona, *“un reincidente”*, que como bien lo llama Julio B. Maier es una persona *“etiquetada”*.

Nuestro artículo 19 de la Constitución Nacional consagra un derecho penal de acto cuando expresa: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...”*, es decir que lo único que puede ser objeto de una prohibición es una acción, con determinadas características.

³⁶ Sal Llargués, Benjamín, “Acerca de la reincidencia”, Pág. Web de la defensoría del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires: www.defensapublica.org.ar , Revista del año 2000, pág.5.

La misma Corte ha establecido que no es conciliable con los principios básicos de nuestra Constitución Nacional, establecer tipos penales que no se funden en conductas punibles, sino en características personales. Porque de lo contrario se abriría el camino a la arbitrariedad al punir categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas.

Es evidente que la misma Corte se contradice al pregonar un derecho penal de acto y luego fundamentar el instituto de la reincidencia en un mayor grado de culpabilidad que se le atribuye al individuo, esto es en base al desprecio que manifestó por la pena anterior, confundiendo así el principio de culpabilidad por el hecho por una culpabilidad de autor.

En este sentido, conforme lo explica Julio B. Maier, se toma en cuenta para agravar una condena, una clase especial de autores, una forma de vida, una personalidad, una moral y no una responsabilidad por el hecho, propio de un derecho penal de acto.

La Corte Suprema considera necesario agregar a la segunda pena del “*reincidente*” una dosis de re-socialización, ya que la primera evidentemente no fue suficiente, vislumbrándose ello en el mayor desprecio que manifiesta la persona quien pese a haber sufrido una pena privativa de la libertad recae nuevamente en el delito.

Ahora la pregunta que nos deberíamos hacer es si es legítimo en un estado de derecho fundado en una legislación penal de acto, poner a cuenta del condenado más pena en base a consideraciones acerca de su personalidad o de su incapacidad para re-socializarse.

Es sumamente importante y necesario indicar y saber cuáles son las circunstancias personales admisibles para agravar una pena, así como también concebir de la manera más adecuada posible la “re-socialización”, teniendo en cuenta cuáles son sus límites infranqueables en función de un estado de derecho, delineado por un derecho penal de acto.

El peligro radica en abrir caminos a la represión por criterios políticos, raciales, económicos, en creer que se puede y que es conforme a derecho calcular la dosis de maldad de una persona.