

Prohibición de la libertad condicional a los reincidentes.

Un plus punitivo imposible de justificar.

(Por Guadalupe García Petrini y Pablo Brandán Molina)

guadagarcia@hotmail.com; pjbrandan@hotmail.com;

SUMARIO: I) Introducción. II) Noción y fundamentos del instituto de la reincidencia: principales posiciones doctrinarias. III) Efectos. IV) Naturaleza jurídica de la libertad condicional. V) Requisitos legales: Imposibilidad de que los reincidentes obtengan el beneficio. VI) Necesaria declaración de la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal: Fundamentos. VII) Jurisprudencia relacionada: reseñas. VIII) Conclusiones. IX) Bibliografía.

I) Introducción:

En el presente trabajo analizaremos dogmáticamente el instituto de la libertad condicional previsto en los arts. 13, 14 y 17 del C.P. y 1, 28, 101 y 104 de la ley 24.660, dentro del marco constitucional argentino reformado en el año 1994, que incorporó los tratados internacionales de derechos humanos al otorgarles jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la C.N.), haciendo una interpretación sistemática del mismo.

La actualidad de la ponencia surge evidente, toda vez que en los próximos días, varios Tribunales Federales de nuestra provincia tendrán que resolver planteos efectuados por el señor Defensor Público Oficial a cargo de Ejecución Penal, Dr. Jorge Perano, donde solicita la concesión del beneficio de la libertad condicional a condenados que han sido declarados reincidentes. Basa su pedido en que los mismos cumplen con los requisitos positivos exigidos por el art. 13 del C.P. y, respecto al negativo “no ser reincidente” art. 14 del C.P., solicita se declare su inconstitucional por afectar el principio de “non bis in idem”, toda vez que se funda en el “derecho penal de autor” y no de “acto”.

Destaca el señor Defensor que negar la libertad condicional a un reincidente implica hacer predicciones de peligrosidad y pronósticos de peligrosidad futura¹ –todo lo cual está expresamente vedado por nuestra Carta Magna, por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo “Maldonado”, entre otros) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Serie C N° 1236 caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

En idéntico sentido, distintos internos alojados en la Penitenciaría de Mendoza, con el patrocinio del doctor Carlos Varela Álvarez, han solicitado a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que haga lugar a la acción declarativa de certeza y, en consecuencia, declare la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal, en cuanto impide la concesión de la libertad condicional a los reincidentes, lo que afecta y violenta los principios de “ne bis in idem”, de

¹ Para un análisis más pormenorizado de la cuestión, ver BRANDÁN MOLINA, Pablo J. “El riesgo en la libertad asistida” Publicado en Actas del Primer Congreso de Jóvenes Penalistas de la U.N.C. Córdoba. 2009.

culpabilidad y el de inocencia. Asimismo, solicitan que la sociedad se exprese a través de *Amicus Curiae* que puedan elaborar las Facultades de Derecho, las Organizaciones Civiles, el sistema representativo y quien crea tener una opinión fundada al respecto.

Por otro lado, y luego de una minuciosa lectura de fallos nacionales referidos al tema, advertimos una clara evolución hacia la integración con el respeto de los tratados internacionales. Así las cosas, estimamos que hoy en día están dadas las condiciones para que nuestros jueces den un paso más en este sentido y comiencen a declarar la inconstitucionalidad del requisito negativo recientemente mencionado, que evidentemente tiene como única finalidad mantener en el encierro a una persona en un establecimiento carcelario, imposibilitándole incorporarse al medio libre de manera gradual, tal como lo prevé nuestra Ley 24.660 de Ejecución de Pena Privativa de la Libertad, de manera tal que no se sigan violando los principios del *ne bis in idem* y el de culpabilidad y para desterrar los llamados criterios peligrosistas, que se fundan en pronósticos y predicciones futuras de peligrosidad, totalmente inverificables.

II) Noción y fundamentos del instituto de la reincidencia: principales posiciones doctrinarias.

Tan debatido es en materia penal el problema de la reincidencia, que podemos afirmar que ni siquiera existen coincidencias en doctrina respecto de su conceptualización. No obstante ello, siguiendo a Donna, podemos afirmar que en una primera aproximación “reincidencia” significa “recaída”, “reiteración del delito”. En otras palabras, podemos decir que es la recaída en el delito –dentro de un período relativo de tiempo–, tras otra sentencia condenatoria.

El fundamento político criminal que se utiliza en el sistema argentino actual para justificar la agravación de la pena por “reincidencia” consiste en la *insuficiencia preventivo-especial de la pena anterior*, que demuestra la necesidad de recurrir a una pena mas severa para reforzar aquella incapacidad punitiva. La reincidencia evidencia una voluntad mas firme de delinquir de quien, pese a haber sido sometido a un tratamiento “resocializador”, vuelve a cometer un ilícito culpable².

En efecto, 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

² VITALE, Gustavo L, “Inconstitucionalidad de la reincidencia: dos fallos ejemplares”, (en línea), Dirección de URL: <http://www.pensamientopenal.com.ar/09reincidencias.doc> (19/06/10)

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 delito³.

En definitiva, en la doctrina tradicional se ha intentado fundamentar la reincidencia desde muy variados razonamientos. Consideramos que Serrano Gomez hace un buen resumen de los fundamentos que se han pretendido dar a la reincidencia, en los siguientes: alarma social, mayor capacidad criminal, mayor probabilidad de delinquir en el futuro, mayor culpabilidad, mayor culpabilidad en base a la situación en que se encuentra la víctima, mayor peligrosidad, causa de agravación del injusto⁴.

No obstante dichos fundamentos, encontramos diferentes posiciones doctrinarias que se enrolan en contra del instituto referenciado. En este sentido, podemos mencionar al prestigioso jurista uruguayo, *Dr. Gonzalo D. Fernández*, quien considera que la agravación de la pena por reincidencia “supone una flagrante violación a los Derechos Humanos, siendo una vía de escape al derecho penal de autor, que relega a segundo plano la relación estricta con el reproche por el hecho cometido”⁵. De manera concordante se ha expedido *Edgardo Alberto Donna*, quien afirma que todo el sistema de la reincidencia es inconstitucional, por atentar en contra del principio de culpabilidad⁶. En igual sentido, *Julio Maier* sostiene que la reincidencia violenta el principio de culpabilidad⁷ por el hecho, creando delitos especiales impropios en los que la razón de la agravante de la pena está constituida por una característica del autor consistente en haber cometido delitos anteriormente⁸. Por su parte, *Eugenio Raúl Zaffaroni* sostiene que “un derecho que reconozca pero que también respete la autonomía moral de la persona, jamás puede penar el ser de una persona, sino sólo su hacer, desde que el derecho es un orden regulador de la conducta humana”⁹.

No es nuestro objetivo hacer un pormenorizado análisis doctrinario acerca de las posturas que existen a favor o en contra del instituto de la reincidencia, sino simplemente mencionar algunas y adentrarnos directamente en el tema que motiva el presente, a saber: la imposibilidad que tienen aquellas personas que han sido declaradas “reincidentes” de obtener el beneficio de la libertad condicional.

III) Efectos.

³ Idem.

⁴ SERRANO GOMEZ “*La reincidencia en el Código penal*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, 1976, pag. 71-72..

⁵ FERNANDEZ, Gonzalo, “Derecho Penal y Derechos Humanos”, pag. 127, citado por VITALE, Gustavo L., “Inconstitucionalidad de la reincidencia: dos fallos ejemplares”, (en línea), Dirección de URL: <http://www.pensamientopenal.com.ar/09reincidencias.doc> (20/06/10)

⁶ DONNA, Edgardo Alberto, “*Reincidencia y culpabilidad*”. Comentario a la Ley 23.057 de reforma al Código Penal, pág. 77 y ss.

⁷ Para una análisis mas profundo del tema, ver GARCÍA PETRINI, Guadalupe, “Imputabilidad disminuida: un peldaño entre la imputabilidad e inimputabilidad” Publicado en Actas del Primer Congreso de Jóvenes Penalistas de la U.N.C. Córdoba. 2009.

⁸ MAIER, Julio, “Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple. Ne bis in idem”, Doctrina Penal, Bs. As., Depalma, 1986, pág. 454 y ss.)

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Bs. As., Editorial Ediar, 2005, pág. 73.

Nuestro Código de fondo atribuye al instituto de la reincidencia, como principal efecto, el de agravar la potestad punitiva del Estado, de las siguientes maneras: 1) contemplándola expresamente como pauta para la determinación judicial de la pena (arts. 40 y 41 del CP); 2) vedándole al condenado –declarado reincidente- la posibilidad de obtener el beneficio de la libertad condicional (art. 14 CP); 3) posibilitando la imposición de la “reclusión por tiempo indeterminado” como accesoria de la última condena (art. 52 CP).

IV) Naturaleza Jurídica de la libertad condicional.

Señala *De la Rúa*¹⁰ que no resulta pacífica la interpretación de la naturaleza jurídica de la libertad condicional en su relación con la pena privativa de la libertad impuesta: a) Una primera posición sostiene que el condenado está cumpliendo la pena en libertad (Gómez, Soler, Gavier, Chiara Díaz, Zaffaroni, entre otros) b) Para otros se trata de una modificación de la sentencia, una gracia vinculada con la revisión (González Roura y Piñero) c) Por fin una tercera opinión, negando las dos anteriores, sostiene que es una suspensión condicional de la ejecución de la pena o la medida de seguridad (encierro), a favor de quien, si bien no la ha cumplido, tampoco la sigue cumpliendo, sino que queda sometido a una prueba para declarar la pena o medida de seguridad extinguida, o en caso contrario seguir cumpliéndola (Nuñez, De la Rúa, entre otros).

Coincidimos con *Chiara Díaz*¹¹, quien señala que la libertad condicional resulta ser un modo eficaz de atenuación de ciertos efectos principales de la penas privativas de la libertad, fundamentalmente del encierro carcelario, cuya permanencia suspende luego de transcurrido un determinado período temporal de condena y de haber dado muestras de readaptación a través del acatamiento de los reglamentos específicos, pero siempre dentro del período de ejecución punitiva, es decir, cumpliendo pena.

V) Requisitos legales: Imposibilidad de que los reincidentes obtengan el beneficio.

La libertad condicional es una opción para el condenado quien, cumplidos los requisitos establecidos, puede o no solicitarla. En otras palabras, se trata de un derecho del penado y, la mismo tiempo de un deber del magistrado que habrá de concederla siempre y cuando se verifiquen las exigencias de procedibilidad establecidas por la ley. Es de suma importancia y necesidad establecer de antemano cuáles son tales requisitos al ser ello una

¹⁰ DE LA RÚA, Jorge “Código Penal Argentino. Parte General”. 2da. Edición. Buenos Aires. Depalma. 1997. pág. 210 y ss.

¹¹ CHIARA DÍAZ, Carlos A. “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”. T. I. Arts. 1/34 Parte General. Buenos Aires. Hammurabi. 1997. pág. 169 y ss.

manifestación ineludible del principio constitucional de legalidad, al tiempo que coadyuva a la determinación cualitativa de la ejecución de la pena privativa de la libertad¹².

Los requisitos para la obtención de la libertad condicional pueden ser calificados en positivos y negativos. Los primeros son aquéllos que se refieren a estados en los que el interno se debe encontrar y que lo habilitan para acceder a su libertad anticipada, en tanto que los segundos están constituidos por circunstancias que de estar comprendidas en la situación del condenado, le impiden gozar de tal régimen¹³.

Los mismos surgen de una interpretación armónica de los arts. 13, 14 y 17 del C.P. y los arts. 1, 28, 101 y 104 de la ley 24.660, los que podemos sistematizar de la siguiente manera:

a) Requisitos positivos: 1) que el interno haya cumplido en forma efectiva una parte de la pena de encierro impuesta, la que dependerá de la clase de pena privativa de libertad y del monto asignado; 2) que durante su encierro haya observado regularmente los reglamentos carcelarios (art. 13 del C.P.), esto es, aquellas prescripciones que rigen la convivencia carcelaria (art. 100 LEP); 3) que haya demostrado durante su tránsito penitenciario una evolución positiva en su proceso de reinserción social (art. 13 del C.P.), requerimiento que se relaciona con el concepto del penado (art. 101 LEP) y se refiere a un moderado grado de avance alcanzado por el mismo en su proceso de resocialización, vinculado a la finalidad de prevención especial perseguida con la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 1 LEP).

b) Requisitos negativos: 1) que el interno no sea reincidente (art. 14, 1era. Parte del C.P.); 2) que no haya sido condenado por la comisión de determinados delitos graves o aberrantes, tales como homicidio criminis causa, abusos sexuales seguidos de muerte, privación ilegítima de la libertad agravada por muerte intencional de la víctima, homicidio cometido con motivo o en ocasión de robo y secuestro extorsivo agravado por muerte intencional de la víctima (art. 14, 2da. parte del C.P.); 3) que no se le haya revocado la libertad condicional otorgada oportunamente (art. 17 del C.P.).¹⁴

El primer requisito negativo es al que nos referiremos en la presente ponencia, esto es, *que el interno no sea reincidente*. Como hemos referenciado anteriormente, consideramos imprescindible su declaración de inconstitucionalidad, ya que tal prohibición afecta los principios de “culpabilidad”, el de “non bis in idem”, se basa en un “derecho penal de autor” y no de “acto” o “hecho”, como requiere el principio de culpabilidad, y es el resultado de criterios peligrosistas, frutos de pronósticos y predicciones de peligrosidad.

¹² LOPEZ, Axel y MACHADO, Ricardo “Análisis del régimen de ejecución penal”. Buenos Aires. Fabián J. Di Plácido. 2004. pag 130 y ss.

¹³ Idem. Pág. 130 y ss.

¹⁴ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl “Luces y sombras del régimen de libertad condicional propuesto en el Anteproyecto del Código Penal” (en línea) Dirección: URL: www.aapdp.com.ar/archivos-para-bajar/03Guillamondegui.pdf (5/5/2010).

VI) Necesaria declaración de la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal: Fundamentos.

Claro está que el órgano aplicador del derecho, al momento de determinar en concreto el monto de la pena, al mensurar las circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 del C.P., valora la condición de reincidente como pauta agravante de la pena y, como consecuencia, impone mayor pena. Así las cosas, estamos en condiciones de afirmar que existe un mayor reproche penal por la reincidencia de un individuo.

El art. 41 inc. 2 de nuestro Código Penal indica que nuestros judicantes deberán valorar "...las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales...". Por tal motivo, reiteramos, si la condición de reincidente ya fue tomada en cuenta al momento de mensurar la pena, mal podría tenerse en consideración la misma condición o calidad, por el mismo hecho y sobre la misma persona, en la etapa de ejecución de la condena, toda vez que ello vulneraría el principio "*non bis in idem*".

En este sentido, señala *Donna*¹⁵ que se viola el principio de *non bis in idem*, porque la condena anterior se toma a los efectos de agravar la condena que se dicta o como algunos autores afirman, darle el "estado de reincidencia". Así, se dan los requisitos que el principio exige: identidad de persona y de hechos, sólo que es tan grosera la forma en que se toma, que parece no violar el principio en estudio, pasando así de un derecho penal de culpabilidad, a un derecho penal que juzga la conducta de la persona en su vida. Subraya el autor que si se adopta el principio de culpabilidad, ninguna de estas instituciones pueden subsistir, a no ser que se adopte el principio antagónico que es el de la peligrosidad.

Por su parte, *Eugenio Raúl Zaffaroni*, ha señalado: "...Desde el penalismo liberal del siglo XIX se ha observado que la agravación de pena por un delito anterior es una nueva pena por el mismo delito, que viola la prohibición de doble punición. A quien se priva de libertad condicional (art. 14 C.P.) porque cumplió una pena anterior, se le está agravando una pena por un delito ya juzgado y por una pena ya sufrida. Cuando se invoca la reincidencia para imponer una pena superior al mínimo, el plus punitivo superior al mínimo no tiene nada que ver con el segundo delito, sino que es una pena por el primero...".¹⁶

Entendemos que con la etiqueta legal de "reincidente" sutilmente se está instituyendo un estado de peligrosidad sin delito. En este sentido, *Schiani*¹⁷ señala que la restricción del

¹⁵ DONNA, Edgardo Alberto, IUVARO, María José, "*Reincidencia y Culpabilidad*", Comentario a la Ley 23.057 de reforma al Código Penal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984. pág. 30 y ss.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "*Estructura básica del Derecho Penal*", Buenos Aires, Editorial Ediar, 2009, pág. 266.

¹⁷ SCHIANNI, María Marta, "El modelo de exclusión del derecho penal del enemigo en el régimen de libertad condicional" Publicado en Actas del Primer Congreso de Jóvenes Penalistas de la U.N.C. Córdoba. 2009, pag. 315 y ss.

art. 14 del C.P. está asentada en el discurso del derecho penal del enemigo, procurando neutralizar o “sacar de circulación” a los autores allí discriminados por constituir un peligro para el normal desenvolvimiento de la vida social. Nuestro derecho penal constitucional, cuyo principal objetivo es la protección de los intereses de los ciudadanos frente al Estado, cumpliendo una función de garantía de los derechos de aquéllos frente a éste, resulta inconciliable con tal postura.

Coincidimos con *Donna* en cuanto tiene dicho que “...si a un hombre se le crea una situación cuya principal consecuencia es no poder salir de ella, no obtener beneficios de fondo, ni procesales, y este estado queda además asentado en la ficha de los organismos pertinentes, la consecuencia es que este sujeto es peligroso. Y si un sujeto es peligroso ¿ Hay algo más fácil para la fuerza represora, cada vez que necesite un sujeto para presentarlo como autor de un delito, que buscar en el registro y obtener la persona necesaria?. Y es que de hecho la sociedad, al marginarlo, no le da otra alternativa, que la de refugiarse entre los pares suyos que se han creado como él, de modo que el mismo sujeto se siente peligroso...”¹⁸.

Por otra parte, consideramos que siguiendo a *Alchourrón y Bulygin*¹⁹ nos encontramos frente a un vicio del sistema normativo de la reincidencia, mas precisamente el de la contradicción, ya que el sistema nos brinda dos soluciones normativas distintas frente al mismo caso dentro del universo de casos posibles. El conflicto entre los artículos 1 y 12 de la ley 24.660 -que establecen el régimen de progresividad para todos los condenados, incluso los reincidentes- y el artículo 14 del código penal –que prohíbe el otorgamiento del beneficio a los reincidentes-. Consideramos que en tal caso, se debe resolver en favor del primero, esto es, la posibilidad de concesión de la libertad condicional a los reincidentes en función del principio “pro homine”, vinculado con el de “pro libertatis”, que indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana y para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma²⁰.

Finalmente, es nuestra intención destacar que, siguiendo a *Gustavo Vitale*²¹, estimamos que el único efecto que, constitucionalmente, podría producir la reincidencia es la de atenuar la pena por el último delito, toda vez que normalmente es demostrativa de una mayor predisposición a delinquir y, con ello, de un menor grado de reprochabilidad por el hecho.

¹⁸ DONNA, Edgardo Alberto, IUVARO, María José, “*Reincidencia y Culpabilidad*”, Comentario a la Ley 23.057 de reforma al Código Penal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984. pág.76 y ss.

¹⁹ ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales” Buenos Aires, 2006, pág. 49 y ss.

²⁰ En este sentido se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en los autos “SCORZA, Horacio Alberto s/homicidio simple s/casación, de fecha 4/2/2004, MJJ7414.

En el derecho penal propio de un Estado Constitucional de Derecho, la pena debe ser fijada de conformidad con los principios que la Carta Magna impone, uno de los cuales es el de “culpabilidad por el hecho”. Dicho principio estipula que no hay pena legítima si el autor del hecho no tuvo la posibilidad de contramotivarse en la norma penal, de lo que se deduce que la pena debe guardar proporción con el grado de contramotivación posible del autor. Así, a menor posibilidad de contramotivación en la norma penal le corresponderá una menor reprochabilidad por el hecho cometido. Y, quien participó en la comisión de varios hechos delictivos demuestra, en general, un mayor condicionamiento de su conducta, motivo por el cual es menos culpable en términos normativos²².

VII) Jurisprudencia relacionada: reseñas.

Consideramos importante analizar aunque sea brevemente algunos de los fallos que a título ejemplificativo y a nuestro criterio merecen ser destacados sobre la cuestión abordada en la presente.

En el precedente “VALERA, Luís R.” la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, con fecha 27 de diciembre de 1985 declaró la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal en cuanto veda la libertad condicional al reincidente.

En su voto, el doctor Zaffaroni destacó que es sabido que se han dado distintos criterios para fundamentar la reincidencia y la agravación de pena que de ella se deriva. Un primer criterio ha postulado la mayor peligrosidad como fundamento de la misma. La peligrosidad, es obviamente, un juicio de probabilidad y como tal, no puede ser presunto y menos aún presumido “juris et de jure” y es violatoria de la dignidad humana, dado que se reduce a una persona a la condición de una cosa regida por la mera causalidad. El otro camino ensayado fue la pretensión de que importaba una mayor culpabilidad, es decir, un mayor grado de reproche normativo. Para ello, sin duda, debe apelarse a la culpabilidad del autor, que, obviamente, es incompatible con los principios de un estado de derecho. La tercera, posibilidad en la que se enroló el doctor Zaffaroni en algún momento, es la de reconocer un mayor contenido injusto al segundo hecho, en forma personalizada. Señaló respecto a esta última, que ese mayor contenido injusto sería la violación de una norma que tutelase otro bien jurídico, que no puede ser otro que la autoridad del Estado, lo que en modo alguno es admisible, pues erige en bien jurídico el incumplimiento del deber por el deber mismo, es decir, por el mero prestigio de las instituciones. Ninguno de estos argumentos salva la

²¹ VITALE, Gustavo L., ob. cit.

²² Idem.

objeción a la reincidencia. Zaffaroni resaltó que llega así a la conclusión de que las objeciones que en el siglo pasado se le formularon al instituto, hasta el presente no han sido levantadas por la doctrina y, por ende, la misma se presenta como claramente violatoria del principio “non bis in idem”, y en consecuencia es inconstitucional²³.

Por su parte, el doctor Elbert señaló en su voto que tranquiliza saber que un nutrido grupo de notables juristas sostuvo ya hace muchos años la tesis de que el instituto de la reincidencia constituía una grave injusticia. Así, puntualizó que era larga la lucha por abolir esta construcción, y el carácter de supervivencia de concepciones peligrosistas que la misma representa. Por vueltas que se de al tema, parece imposible demostrar que la agravación de la pena por reincidencia, no es un castigo dirigido a una personalidad de un lugar de una conducta concreta. Expresando en definitiva un propósito segregacionista y/o expiatorio dirigido contra un “incurable”. Dicho en otras palabras, la ley del rigor tras el fracaso del tratamiento resocializador, o el reproche al paciente por la ineficacia de la terapia a que se lo sometió²⁴.

En los actuados “GIMENEZ, Miguel s/tenencia de arma de guerra, robo calificado y daño” (Expte. N° 165-989 y 284-1432), el Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, con fecha 4 de junio de 2002, declaró por mayoría la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del Código Penal en cuanto agravan la situación punitiva del condenado declarado “reincidente”.

En su voto, el señor Juez, doctor Juliano destacó que el reincidente demuestra con los hechos ser más “vulnerable” que otras personas a recaer en el delito, y que en función de esa debilidad, su situación debiera ser considerada con mayor benevolencia que la de aquel individuo que delinque por primera vez. Subrayó que las principales objeciones a la reincidencia son: a) que importa una transgresión al principio del “ne bis in idem”, b) que implica una doble valoración de un mismo hecho, c) que se crea un delito autónomo (ser reincidente) y d) que violenta al principio de culpabilidad al superar los límites impuestos por el hecho típico, incorporando al mismo cuestiones que le son ajenas.

Por último, en el precedente “NAVARRO, Zacarías Andrés s. robo calificado” el mismo Tribunal, con fecha 4 de agosto de 2004, declaró por mayoría la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del Código Penal (arts. 16, 18 y 19 de la C.N.).

En su voto, la señora Jueza, Dra. María Angélica Bernard destacó que, impedir a los reincidentes la posibilidad de acceder a la libertad condicional es una contradicción en sí misma, ya que importa negar que la pena haya surtido su efecto resocializador en la persona del delincuente, impidiéndole reintegrarse a la sociedad, quebrantando por añadidura el

²³ LA LEY 1986-B, 424, con nota de Virgilio J. Loíacono; DJ 1986-1, 514 (en línea). Dirección de URL: www.laleyonline.com.ar/maf/app/document.doc. (10/06/2010).

principio de “igualdad ante la ley” (art. 16 de la C.N.), ya que por un mismo hecho asiste tal posibilidad al delincuente primario.

Ahora bien, coincidimos con *Vitale*²⁵ cuando señala al reseñar los dos últimos fallos recién mencionados, que ellos no terminan con el poder punitivo (a nadie se le vaya a ocurrir algo así). El poder punitivo restante es abrumador. Sin embargo, ayudan a disminuir, en alguna medida, la irracionalidad de la violencia punitiva que, pese al esfuerzo de muchos, sigue recayendo en los marginados de siempre.

VIII) Conclusiones.

La norma en crisis merece definitivamente ser tachada de inconstitucional, ya que al privar al reincidente de la libertad condicional, se lo juzga o pune “más de una vez” por un mismo hecho y porque la restricción establecida en dicha norma constituye una intensificación de la respuesta punitiva a un modo de ser y no a acciones u omisiones.

A la luz del principio de razonabilidad consagrado en el art. 28 de la Constitución Nacional, la aplicación de la reincidencia (con su consiguiente efecto de prohibir el acceso a la libertad condicional), conlleva a una aplicación mas intensiva y extensiva de un tratamiento a cargo del Estado que ya ha fracasado anteriormente. Denegar la libertad condicional por el mero hecho de haber sido declarado reincidente no solo importa cegar la posibilidad de que el magistrado juzgue el caso concreto, sino que también va en contra los fines de la pena.

El art. 14 del CP atenta contra nuestro sistema constitucional toda vez que importa una pena mas grave para aquella persona que ha sido “etiquetada” de “reincidente”. Es un artículo que permite una mayor reacción del estado de policía en la faz cualitativa de la pena, lo que implica también una contradicción con el régimen de progresividad de la ejecución de las penas privativas de la libertad. Estimamos que impedir a los reincidentes la posibilidad de acceder a la libertad condicional es una contradicción en sí misma, ya que importa negar que la pena haya surtido su efecto resocializador en la persona del delincuente, impidiéndole reintegrarse a la sociedad, quebrantando por añadidura el principio de “igualdad ante la ley” (art. 16 de la C.N.), ya que por un mismo hecho asiste tal posibilidad al delincuente primario.

Como mencionamos, existe un conflicto entre los artículos 1 y 12 de la ley 24.660 - que establecen el régimen de progresividad para todos los condenados, incluso los reincidentes- y el artículo 14 del código penal –que prohíbe el otorgamiento del beneficio a los reincidentes-. Consideramos que en tal caso, debe resolverse en favor del primero, esto es la posibilidad de concesión de la libertad condicional a los reincidentes en función del

²⁴ Idem.

²⁵ VITALE, Gustavo, ob. cit. pág. 3

principio “pro homine”, vinculado con el “pro libertatis”, que indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana y para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma²⁶.

Así las cosas, reiteramos, el art. 14 de nuestro Código Penal merece prontamente ser declarado inconstitucional, por habilitar una mayor reacción punitiva basada en circunstancias inconexas con el delito y en una revalorización de conductas pretéritas.

Consideramos importante subrayar que en el Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal elaborado por la Secretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se ha desechado el instituto de la reincidencia y todas sus consecuencias jurídicas, por lo que advertimos que la idea de un derecho penal sin reincidencia no solo se vislumbra como posible, sino que, además, sea por decisión tanto de los órganos de creación del derecho como de los de aplicación parece a nuestro entender de cercana viabilidad.

IX) Bibliografía consultada.

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio “*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*” Buenos Aires, 2006.
- BRANDÁN MOLINA, Pablo J. “El riesgo en la libertad asistida” Publicado en Actas del Primer Congreso de Jóvenes Penalistas de la U.N.C. Córdoba. 2009.
- CHIARA DÍAZ, Carlos A. “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*”. T. 1. Arts. 1/34 Parte General. Buenos Aires. Hammurabi. 1997.
- DE LA RÚA, Jorge “*Código Penal Argentino. Parte General*”. 2da. Edición. Buenos Aires. Depalma. 1997.
- DONNA, Edgardo Alberto, IUVARO, María José, “*Reincidencia y Culpabilidad*”, Comentario a la Ley 23.057 de reforma al Código Penal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984.
- FERNANDEZ, Gonzalo, Derecho Penal y Derechos Humanos, citado por MAIER, Julio, “Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple. Ne bis in idem”, Doctrina Penal, Bs. As., Depalma, 1986.

²⁶ En este sentido se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en los autos “SCORZA, Horacio Alberto s/homicidio simple s/casación, de fecha 4/2/2004, MJJ7414.

- GARCÍA PETRINI, Guadalupe, “Imputabilidad disminuida: un peldaño entre la imputabilidad e inimputabilidad” Publicado en Actas del Primer Congreso de Jóvenes Penalistas de la U.N.C. Córdoba. 2009.
- GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl “Luces y sombras del régimen de libertad condicional propuesto en el Anteproyecto del Código Penal” (en línea) Dirección: URL: www.aapdp.com.ar/archivos-para-bajar/03Guillamondegui.pdf
- LA LEY 1986-B, 424, con nota de Virgilio J. Loíacono; DJ 1986-1, 514 (en línea). Dirección de URL: www.laleyonline.com.ar/maf/app/document.doc. (10/06/2010).
- LOPEZ, Axel y MACHADO, Ricardo “*Análisis del régimen de ejecución penal*”. Buenos Aires. Fabián J. Di Plácido. 2004.
- SCHIANNI, María Marta, “El modelo de exclusión del derecho penal del enemigo en el régimen de libertad condicional” Publicado en Actas del Primer Congreso de Jóvenes Penalistas de la U.N.C. Córdoba. 2009.
- SERRANO GOMEZ “*La reincidencia en el Código penal*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, 1976.
- VITALE, Gustavo L, “Inconstitucionalidad de la reincidencia: dos fallos ejemplares”, (en línea), Direcc.de URL: <http://www.pensamientopenal.com.ar/09reincidencias.doc>
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, Bs. As., Editorial Ediar, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Estructura básica del Derecho Penal*”, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2009.