

# **EL INSTITUTO DE LA REINCIDENCIA Y EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL**

Por Hernán Munilla Lacasa

## **I. Consideraciones generales**

El Código Penal vigente, sancionado en 1921, precedido de un Código anterior (1886) y de diversos proyectos, no siempre uniformes y de idéntico alcance, ha sufrido, en estos 93 años, aproximadamente novecientas reformas parciales. Dichas modificaciones, reseñadas en la Exposición de Motivos del actual Anteproyecto,<sup>1</sup> como se comprenderá fácilmente, han terminado por quitarle al Código vigente la armonía, coherencia y sistematización que debe tener todo cuerpo de leyes, especialmente aquél que procura ordenar la legislación penal.

A ello se suma que en los últimos años, producto de un movimiento de notoria expansión del derecho penal,<sup>2</sup> a contramano de la tendencia de signo opuesto que propicia justamente una retirada del citado derecho para dejarlo reducido a su mínima expresión,<sup>3</sup> se han dictado en

---

<sup>1</sup> Algunas de estas reformas han sido de alcance general, como las implementadas por los regímenes militares que más de una vez irrumpieron en nuestra vida institucional. Asimismo, de idéntico alcance, han sido aquellas otras promovidas por los gobiernos constitucionales que sucedieron a dichos regímenes y que volvieron las cosas a su estado anterior. Empero, las más de las veces las reformas parciales han provenido de reacciones espasmódicas de nuestro Congreso, frente a sucesos que tuvieron fuerte repercusión en la opinión pública.

<sup>2</sup> Algunos autores, como el profesor español Jesús Silva Sánchez, entienden que este movimiento es irreversible (confr. "La expansión del derecho penal", Civitas, 2º edición, 2001).

<sup>3</sup> El jurista italiano Luigi Ferrajoli es un reconocido exponente de esta corriente, la cual, en nuestro país, empieza a contar con mayor predicamento, especialmente en cuadros de la Justicia y de la docencia.

nuestro país, al margen del Código Penal, numerosas leyes penales especiales, o que contemplan en su articulado disposiciones de tal carácter.<sup>4</sup>

Como es de público conocimiento, actualmente se encuentra a estudio del Poder Ejecutivo Nacional un Anteproyecto de reforma al Código Penal vigente, elaborado por una Comisión presidida por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, e integrada por los Dres. León Carlos Arslanián, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo y María Elena Barbagelata. Sin mayor esfuerzo se comprenderá que analizar en forma exhaustiva las principales innovaciones incluidas en dicha propuesta excede con creces el limitado espacio de que disponemos. Por tal razón, hemos optado por examinar -en los párrafos que siguen- el tópico que probablemente genere mayor polémica: la eliminación del instituto de la reincidencia.

Antes de abordar el tema específico, debemos señalar que la sanción de un nuevo Código Penal debe ir necesariamente acompañada de otras importantísimas y urgentes reformas legislativas estructurales. Sólo así podrá haber un cambio sustancial en materia de prevención, de seguridad y de política criminal. Mientras tanto, mientras no se aborde un tratamiento profundo, responsable y ampliamente consensuado de las diversas facetas que atañen a esta crucial temática, cualquier propuesta aislada e inconsulta sólo contribuirá a sumar nuevas frustraciones.

En este sentido, es tan indispensable como impostergable modificar el actual sistema de enjuiciamiento penal, a través de una seria y vasta reforma del Código Procesal.<sup>5</sup> Lo mismo debe hacerse

---

<sup>4</sup> Sólo para mencionar algunos ejemplos: ley de Régimen Penal Cambiario (19.359); Espectáculos deportivos (23.184); Represión de actos discriminatorios (23.592); Tenencia y tráfico de estupefacientes (23.737); Impedimento de contacto de los hijos menores no convivientes (24.270); Régimen Penal Tributario y Provisional (24.769); Lavado de activos de origen delictivo (25.246); Residuos peligrosos (24.051).

<sup>5</sup> El Código Procesal Penal, vigente de 1991, también ha sufrido muchas modificaciones y no brinda herramientas apropiadas para contar con un procedimiento ágil, lineal, que combine celeridad y respeto

con relación al marco regulatorio del servicio penitenciario y con el régimen penal de menores. A la vez, debe diseñarse un completo sistema de prevención del delito, presupuesto mediante, para dotar a la policía y fuerzas de seguridad de mejores recursos, humanos y tecnológicos. Asimismo, es imprescindible equipar adecuadamente los gabinetes periciales que asesoran a Jueces y Fiscales.

Todo ello requiere un estudio y una implementación sincronizada. Pero el verdadero cambio no estará completo hasta tanto no se modifique también el actual Consejo de la Magistratura,<sup>6</sup> organismo que se ha politizado al extremo, al punto de verse desdibujados los sabios y precisos contornos que nuestra Constitución Nacional le ha asignado a la división de poderes. Podrá contarse con el Código Penal más avanzado, pero si los Jueces y Fiscales que no lo cumplen son protegidos por aquellos que detentan el control del citado organismo, en función de los intereses políticos que justamente habrán de beneficiarse con dicha inacción; o por el contrario, quienes lo cumplen, y haciéndolo afectan esos mismos intereses son removidos, entonces el sistema judicial y cualquier modificación parcial que intente abonarlo, debido a la corrupción e impunidad que promueve semejante situación, estará irremisiblemente destinado a fracasar.

A continuación y antes de referirnos puntualmente al tema que nos ocupa, resulta oportuno mencionar en forma sucinta algunos aciertos de la propuesta de reforma, como asimismo señalaremos, de modo muy somero, la eliminación de otro instituto importante y de hondas raíces en el ámbito de la dogmática penal (el dolo eventual).

## **II. Breve mención de algunos aciertos del Anteproyecto**

---

por las garantías individuales. Cualquier expediente, es sabido, demora alrededor entre seis y quince años. Los casos de corrupción, también se sabe, demoran mucho más.

<sup>6</sup> Lo mismo vale decir del Organismo análogo que rige para el Ministerio Público Fiscal.

A. Sin duda, la ardua tarea de relevar, armonizar y dar coherencia al universo de disposiciones penales dispersas en nuestra legislación positiva merece un caluroso aplauso. Ya hemos dicho que hay numerosísimas leyes penales diseminadas y las escalas punitivas no siempre son proporcionadas. Por tal razón, el ordenamiento de todas estas normas es fundamental y digno de elogio.

B. Se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 59 y ss), sólo para los casos expresamente previstos en la ley y por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o interés de ellas.

Si se llega a la conclusión de que las empresas, en ciertas circunstancias, pueden convertirse en vehículo destinado a afectar bienes jurídicos ajenos, pues a través de ellas, con sus herramientas, sus dependientes o conductores, o en su beneficio, se infringen derechos que protegen a terceros, entonces el ordenamiento legal debe acomodarse para evitar que se produzcan situaciones de impunidad. En tales supuestos, pues, corresponde aplicar sanciones a la persona jurídica, las cuales pueden ir desde una multa, hasta la clausura total o parcial del establecimiento (art. 60).

C. Se consagra el principio de insignificancia, destinado a enfatizar el criterio de *ultima ratio* del derecho penal, que habrá de aplicarse a aquellos casos donde realmente haya habido una afectación de los bienes jurídicos tutelados en el Código (arts. 1, y 19).

D. Se establecen reglas claras para proceder a la graduación de las penas, tanto atenuantes, como agravantes (art. 18), en reemplazo del actual art. 41 del C.P.<sup>7</sup>

E. Se incorpora la declaración de rebeldía como acto interruptivo de la prescripción (art. 50).

### **III. La eliminación del dolo eventual**

En el art. 1º del Anteproyecto, donde se formulan los principios esenciales del derecho penal que habrán de regir la interpretación de las disposiciones contenidas en el Código, se establece que *“sólo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia”* - lo subrayado es propio-.

La expresión destacada, como se advierte, limita la punibilidad a las acciones u omisiones realizadas con voluntad directa, esto es, se elimina la categoría de dolo eventual, pudiéndose penar, si la norma expresamente lo recepta para el caso particular, el delito culposo, esto es, el cometido por imprudencia o negligencia. Por el contrario, si no lo llegara a contemplar, entonces la consecuencia será la impunidad.

Como se sabe, el dolo se compone del conocimiento de la situación fáctica a que alude el tipo objetivo de la ley penal y de su

---

<sup>7</sup> De cualquier forma, debo aclarar que de ninguna manera comparto la opinión de los proyectistas en cuanto incluyen, como *“circunstancia atenuante general”*, *“ser menor de 21 años o mayor de 70 al momento de la ejecución del hecho”* (inc. 1º del art. 18). Esta disposición carece de todo fundamento.

voluntad de realización. A su vez, el dolo eventual es dirigir la voluntad hacia la concreción del resultado al que se refiere el tipo penal, aunque éste no constituya el objetivo principal de su decisión y el sujeto no tenga la seguridad de que se produzca. Se tratará de un resultado concomitante probable. El agente piensa este segundo resultado accesorio y lo incluye en su plan.<sup>8</sup>

Expresado de otra forma, habrá dolo eventual cuando el autor lleva a cabo una conducta con conocimiento de las circunstancias a las que alude el tipo objetivo y con voluntad de ejecutarla, aunque no se lo representa como una consecuencia inevitable de su comportamiento.

El dolo eventual no equivale a temeridad. Asimismo, la teoría de la voluntad directa tiende a beneficiar al autor doloso, pues al no legislarse delitos culposos como espejo de cada tipo doloso, el margen de impunidad se hace manifiesto, en el entendimiento de que no siempre puede probarse la determinación inequívoca del sujeto encaminada a la consecución del resultado.

#### **IV. Eliminación de la reincidencia**

##### A. Principales críticas que se dirigen al instituto:

El Anteproyecto elimina la reincidencia y lo hace -lamentablemente- sin dar ninguna explicación al respecto. Sí consta, en cambio, la disidencia fundada del Dr. Federico Pinedo, quien propone su manutención como circunstancia agravante de la pena.

---

<sup>8</sup> Conforme, por todos, Marco Antonio Terragni, “Dolo eventual y culpa consciente”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 183

Sin embargo, son conocidos los argumentos que profesan quienes se oponen a dicho instituto. Entre ellos, merecen destacarse los que brinda el propio presidente de la Comisión reformadora, Dr. Eugenio R. Zaffaroni.<sup>9</sup>

Señala dicho autor que ninguna explicación justificatoria de la reincidencia es satisfactoria y *“ninguna logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que importa una violación al non bis in idem”*. De allí que, a su criterio, la idea tradicional de reincidencia, como invariable e ineludible causa de habilitación de mayor poder punitivo, es inconstitucional.

También refiere que se viola el principio de culpabilidad, porque la reincidencia se funda en la culpabilidad de autor y no en la de acto.

Es más, Zaffaroni llega a sostener que *“en lugar de una mayor conciencia de la antijuridicidad, en la reincidencia habría por lo general una menor culpabilidad en virtud del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad, generado por un anterior ejercicio del poder punitivo, lo que obligar en términos de la teoría de la responsabilidad a acotar el marco de la respuesta frente al delito, puesto que si el efecto más trascendente de la prisionización es la reincidencia, el estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar”*.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> ver su “Derecho Penal, Parte General”, junto con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 1008 y ss), y sus votos en disidencia en los fallos “Alvarez Ordóñez” (A.577.XLV , del 05/02/13); “Gómez” (G.506.XLVII, del 05/02/13) y “Acosta” (A.1083.XLIX, del 06/03/14).

<sup>10</sup> Zaffaroni, op. cit. pág. 1011.

Pero Zaffaroni no siempre ha opinado con la misma firmeza respecto a la reincidencia. En su "Tratado de Derecho Penal"<sup>11</sup> explica las razones que justifican su existencia. Así, refiere que *"es aplicable a nuestro sistema la tesis de que la reincidencia... agrava el hecho, en razón de la mayor alarma social que es capaz de provocar la conducta de quien ya ha sido advertido con una sentencia condenatoria..."*.<sup>12</sup>

Profundiza su explicación, señalando que *"la seguridad jurídica es un concepto complejo, que no sólo se configura con la efectiva tutela de los bienes jurídicos (que es su aspecto objetivo), sino también con el sentimiento de seguridad jurídica, que es lo que proporciona el conocimiento y el sentimiento de que se goza de esa disponibilidad en forma efectiva, o sea, de que se ejerce una real tutela. Este aspecto subjetivo de la seguridad jurídica, es el que se lesiona cuando se causa la 'alarma social'. La 'alarma social' es, pues, la afectación del sentimiento de seguridad jurídica, la pérdida de la certeza de la efectiva disponibilidad de los bienes jurídicos"*.<sup>13</sup>

Y agrega más adelante *"...aquél que ha sido condenado y, habiendo o no habiendo cumplido la pena, vuelve a delinquir en un cierto tiempo, hace que la imagen general del derecho como medio proveedor de la seguridad jurídica quede harto maltrecha, lo que resiente la seguridad de la coexistencia en mayor medida que la conducta delictiva primaria, pese a que la afectación objetiva sea idéntica en ambos casos"*.

Luego dice: *"...es perfectamente admisible un mayor grado de injusto de carácter personal, no transmisible entre los participantes, y derivado de la mayor alarma social inherente a la conducta"*

---

<sup>11</sup> Escrito durante la vigencia de la ley 21.338.

<sup>12</sup> Zaffaroni, "Tratado de Derecho Penal", Tomo V, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1983, pág. 344.

<sup>13</sup> Op. cit., pág. 346.



*del sujeto, por su condición de reiterante expresamente calificada (reincidente o autor de concurso real calificado)”.*

Para darle mayor claridad y énfasis a su pensamiento, sostiene: *“El derecho penal debe proveer seguridad jurídica y dado que la desintegración del sentimiento de seguridad jurídica acarrea el caos, que cada acción típica afecta ese sentimiento, con la pena preventiva especial trata de fortalecerlo; resulta claro que cuando su acción preventiva especial fracasa, porque antes de cierto tiempo el condenado vuelve a incurrir en un delito de cierta entidad, porque repite esa conducta pese a sucesivas condenas o, simplemente, porque esa acción preventiva llega cuando el número e importancia de los delitos es muy grande, la lesión que sufre el sentimiento de seguridad jurídica es mayor y ello tendría que reflejarse en la cuantía del injusto y, por consiguiente, de la pena, sin que para nada juzgue aquí la personalidad del autor, sino la necesidad de una prevención especial que requiere el compromiso de mayor cantidad de bienes jurídicos del autor”.*

En definitiva, las actuales objeciones del Dr. Zaffaroni, y de sus seguidores, al instituto de la reincidencia, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

\* Que se funda en la supuesta mayor peligrosidad del autor (aún cuando no haya mayor peligrosidad).

\* Que se basa en la culpabilidad de autor -no en la culpabilidad de acto-. Se le reprocha al autor lo que es, y no lo que ha hecho, lo cual controvierte el principio de culpabilidad.

\* Que viola el principio que prohíbe la doble punición (el plus de pena o cualquier agravación de ésta que se imponga al segundo delito lo será en razón del primero, esto es, de un delito que se ha juzgado y penado).

B. La opinión de la Corte Suprema:

Ahora bien, los argumentos expuestos en cierta forma han sido desestimados por la Corte Suprema de Justicia, que en diversos pronunciamientos ha convalidado la constitucionalidad de la reincidencia.

Así:

a) En "Gómez Dávalos" (Fallos: 308:1938) expresó que *"el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. 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"*.

b) En "Gelabert" (Fallos: 311:1209) mantuvo el mismo criterio y se remitió al fallo anterior.

c) En "L'Eveque" (Fallos: 311:1451), la Corte señaló *"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 una pena privativa de la libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado*

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

d) En “Maciel” (M1395.XLII, del 05/02/13), se anota un interesante voto de la Dra. Carmen Argibay, en el cual, para desestimar el argumento del recurrente basado en el “derecho penal de autor”, expresó *“...no puede aceptarse bajo ningún punto de vista que castigar más severamente a una persona por registrar condenas anteriores por cierta clase de delitos pueda ser equiparado valorativamente con hipótesis sancionatorias que tuviesen en cuenta a tales fines el modo en el que el individuo ha conducido en general su vida o las características esenciales de su personalidad, tales como la raza, sexo, religión, nacionalidad, preferencias políticas, condición social, etcétera”* (Consid. 6º).<sup>14</sup>

También dijo: *“...es constitucionalmente admisible establecer una diferencia valorativa entre el comportamiento de quien porta ilegítimamente un arma sin registrar antecedentes condenatorios de aquel que, además de incurrir en el tipo básico, registra condenas por haber cometido delitos dolosos con el uso de armas o contra la vida o integridad física de los demás. En otras palabras, es razonable entender que el comportamiento de portar un arma tiene un significado social más disvalioso en aquellos casos en los que el autor ya ha sido sancionado judicialmente por haber exteriorizado un impulso delictivo contra otro y/o mediante el uso de armas”* (Consid. 8º).

### C. Breve análisis del instituto:

La reincidencia es tomada en cuenta por la ley en tres planos diferentes: a) en la medición de la pena (art. 41 C.P.); b) para la

---

<sup>14</sup> Vale aclarar que en este caso (“Maciel”) se planteó la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, 8º párrafo, primera opción del Código Penal.

aplicación de la pena de reclusión por tiempo indeterminado (art. 52) y c) para la ejecución de la pena, en tanto no se concede la libertad condicional a los reincidentes (art. 14).

a) El art. 41 establece pautas que atienden a la magnitud del injusto y de la culpabilidad, entre ellas *"las reincidencias en que hubiere incurrido"* el condenado, pero no alude a la "peligrosidad", como sí lo hace, por ejemplo, la última parte del art. 44. En el caso del art. 41 la peligrosidad no debe influir en la medición de la pena, que en ningún caso podrá ser superior al límite fijado por la culpabilidad. En dicho contexto, las reincidencias en que el autor hubiere incurrido -sin que su estimación, reitero, sobrepase la gravedad del injusto del segundo hecho y el marco de culpabilidad-, razonablemente constituirán un elemento que debe redundar en la estimación de las necesidades preventivo especiales.

b) La Corte en el caso "Gramajo" (Fallos: 329:1680) sostuvo que *"la pena de reclusión indeterminada del art. 52 del CP es una clara manifestación de derecho penal de autor (...) resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa"*.

El alto Tribunal concluyó diciendo que *"en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del CP resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes..."*.

Se comparten las observaciones de orden constitucional efectuadas por el alto Tribunal en el precedente citado.

c) En cuanto al art. 14 del C.P., es necesario remarcar que dicha disposición únicamente se refiere al modo de ejecución de la pena fijada con relación al marco de un injusto cuya culpabilidad no sufre modificaciones, *“y que abarca por igual hechos cometidos por agentes que no son considerados por la ley como reincidentes”*.<sup>15</sup>

Debe repararse que el modo de ejecución de las penas no está condicionado por el principio de culpabilidad por el hecho. Antes bien, el modo concreto de ejecución de las penas privativas de la libertad se halla guiado por criterios preventivo especiales. Dichos criterios, por lo demás, son los que se encuentran presentes en otras disposiciones relativas al modo de ejecución de la pena privativa de la libertad, o a la conducta del condenado posterior al hecho, tal el caso de los artículos 13, 15, 26, 27 y 27 bis del C.P.. En ninguno de estos supuestos se pondera, ni mucho menos se aumenta, el reproche de culpabilidad fijado en el momento de la determinación de la pena y conforme al principio de responsabilidad por el hecho. En otras palabras, el art. 14 del C.P. no afecta el principio de culpabilidad por el acto. Son valoraciones preventivo especiales las que permiten fundar la efectiva ejecución del resto de la pena impuesta al condenado. Como sostiene Luis García, *“ese resto pertenece al reproche del hecho culpable, culpabilidad cuya medida está ya establecida de modo definitivo en la sentencia”*.<sup>16</sup>

En suma, si en el momento de la sentencia se respetó la máxima según la cual la pena no puede exceder la culpabilidad por el

---

<sup>15</sup> Voto del Dr. Luis García, Sala II de la CNCP, causa “Actis”, del 09/02/11.

<sup>16</sup> En su voto de la causa “Actis”, ya citado.

hecho, la elección sobre el modo de ejecución no vulnera el principio de culpabilidad, ni en el momento de imposición de la pena, ni en el momento del progreso de su ejecución.

Tampoco se afecta el principio de “*non bis in idem*”, pues el hecho anterior no se vuelve a juzgar, ni se lo pena otra vez. De nuevo, si se respetó la regla de que el límite de toda pena está definido por la medida del injusto culpable, el hecho de que la pena se ejecute totalmente no constituye una infracción al señalado principio.

En Fallos 329:1680,<sup>17</sup> se lee en el voto del juez Petracchi (consid. 14): “...*si bien es cierto que esta Corte ha autorizado la valoración dual de la reincidencia, como reflejo de una mayor culpabilidad (en el marco del art. 41 del CP) y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas (imposibilidad de libertad condicional del art. 14 CP) sin ver en ello una violación al non bis in idem, no se debe perder de vista que el 'ajuste' del tratamiento carcelario que se permitió en Fallos 311:1451 ocurre dentro del marco del cumplimiento de una pena privativa de libertad cuyo fundamento es la culpabilidad del condenado y no más allá de ella*”.

En la reincidencia se considera efectivamente el hecho anterior, pero no para juzgarlo de nuevo. El único juzgamiento que se hace es en relación al segundo hecho, por el cual el autor merece la declaración de reincidencia. No habría reincidencia si no hubiera un hecho anterior, pero la consideración al primer hecho es al sólo efecto de reconocer y comprobar el mayor injusto del segundo hecho. En efecto, el condenado reincidente demuestra -con el segundo hecho- un mayor grado de desprecio por la pena y por los derechos de terceros.

---

<sup>17</sup> Caso “Gramajo”, ya citado.

Esto no significa tomar en cuenta la personalidad del autor, o su carácter, ni su grado de peligrosidad. Ello exigiría una valoración subjetiva de su comportamiento (en abstracto) y lo que en verdad se pondera es una realidad, objetiva y formal, revelada por la comisión del segundo hecho. El autor libremente vuelve a delinquir.

¿Hay alguna diferencia entre una persona que delinquiró y resultó condenada una sola vez, de aquella otra que delinquiró varias veces y fue condenada otras tantas, diferencia que -se entiende- amerite una respuesta punitiva distinta por parte del Estado?

A nuestro criterio sí existe una diferencia, que no es subjetiva, sino objetiva. Para quienes se oponen a la reincidencia, en cambio, no habría ninguna diferencia y por lo tanto proveen para ambos supuestos el mismo tipo de tratamiento punitivo. Esto es, ambos casos son tratados como condenados primarios.

Esta auto-impuesta pérdida de memoria del Estado en materia de antecedentes delictivos, como se advierte, encuentra un solo beneficiario: el reincidente. Es muy posible que el condenado por única vez cuestione al Estado por colocarlo en el mismo plano de igualdad de aquel que delinquiró varias veces. Sostendrá, a riesgo de no equivocarse, que él merece un tratamiento más benévolo. Después de todo, evitó violar repetidamente los bienes jurídicos de terceros que, en cambio, despreció aquel a quien colocan, ficticiamente, en su mismo lugar de primario.

En realidad, no es "la condición personal" la que se castiga mediante la reincidencia, como profesan quienes se declaran sus enemigos, sino el segundo delito, que es real, concreto y afecta los derechos de un tercero, que tiene nombre, apellido y un bien jurídico específicamente menoscabado.

La actitud de desprecio puesta de manifiesto por el reincidente no configura en sí mismo un injusto. No se toma en cuenta una circunstancia personal ajena al nuevo hecho. Lo que se castiga es un segundo hecho delictivo autónomo y concreto, sin que en ningún momento se agrave el injusto y la culpabilidad por el primer hecho (dato objetivo y formal), cuyos contornos han quedado inmutablemente definidos con la sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada.

#### D. Un argumento polémico:

Entre los argumentos que se brindan para cuestionar la reincidencia hay uno, en especial, que nos parece insostenible. Lo esgrimen Zaffaroni, Alagia y Slokar: *“en la reincidencia habría por lo general una menor culpabilidad en virtud del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad, generado por un anterior ejercicio del poder punitivo ... el estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar”*.<sup>18</sup>

También lo predica Daniel Erbetta, cuando sostiene que el segundo hecho puede ser *“una fuente de menor culpabilidad, en tanto la anterior pena cumplida puede haber provocado un deterioro y una estigmatización que genere una reducción del ámbito de determinación y con ello del reproche graduable de culpabilidad”*.<sup>19</sup>

Edgardo Donna, por su parte expresa -respecto de quien vuelve a delinquir-, que ello *“implica reconocer el fracaso de la pena que se sufrió, significa menos culpabilidad del sujeto, menos capacidad de*

---

<sup>18</sup> “Derecho Penal”, op. cit. pág. 1011.

<sup>19</sup> Daniel Erbetta, “Diálogos de Doctrina”, “Reincidencia”, en La Ley del 07/04/14.



*comprender la criminalidad del acto y conducirse conforme a derecho. No puede el Estado tomar esta menor capacidad para aumentar la pena al sujeto”.*<sup>20</sup>

Esta postura no es novedosa en doctrina. Zaffaroni recuerda (en su Tratado) que dicha postura, en cuanto pregona que *“la reincidencia no puede tener otro efecto que el de disminuir la culpabilidad, porque la reiteración crea hábito, lo que es más difícil de vencer”*, fue observada hace dos siglos por Kleinschrod.<sup>21</sup> Y luego por Baumann, quien señalaba que *“frecuentemente los autores reincidentes son personas débiles, cuya inestabilidad se ha incrementado precisamente por la imposición anterior de una pena. En verdad, ellos debieran ser penados más levemente”*.<sup>22</sup>

Como se advierte, conforme esta postura, la reincidencia ya no debería ser considerada una agravante, sino una atenuante. Se observa, sin ningún esfuerzo, un inadmisibles afán por victimizar al delincuente. Las personas que sufren los delitos -reiterados-, perpetrados por el delincuente, es decir, las víctimas reales, son lisa y llanamente ignoradas por los sostenedores de este criterio; el único victimario, según esta singular doctrina, es el Estado, por su ineficacia en reinsertar a los condenados primarios. Los términos de la dicotomía (víctima-victimario) se establece únicamente entre delincuente y Estado.

---

<sup>20</sup> Edgardo A. Donna “Reincidencia y culpabilidad”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 75. El autor propone directamente suprimir la reincidencia con todas las consecuencias que ella tiene. Sostiene que el “estado” de reincidencia “marca a fuego al individuo, convirtiéndolo en un sujeto que está fuera de la sociedad. De ahora en adelante el reincidente quedará estigmatizado y la sociedad lo tendrá a su disposición para poder buscarlo cada vez que se cometa un hecho delictuoso, sea o no el autor. La misma sociedad crea sin lugar a dudas sus parias y los expulsa de su seno para luego crear sus defensas contra ellos”.

<sup>21</sup> Zaffaroni, op. cit. pág. 351. Allí transcribe la siguiente cita del autor alemán: *“...si el criminal ha caído en la costumbre pecaminosa, entonces cambian los principios. Puesto que una acción se ha repetido frecuentemente, aumentará el estímulo a ella, acostumbrándose así el hombre, que no la podrá dejar y se verá arrastrado por su tendencia en contra de su voluntad. Hay allí grandes limitaciones de la libertad, que anulan notoriamente la imputación”*.

<sup>22</sup> Zaffaroni, Tratado, ídem.

Quienes pregonan esta tesis no ignoran que las políticas de estado, en materia carcelaria o penitenciaria, de Patronatos, de ejecución de penas, de prevención de delitos, de seguridad en general, brillan ardientemente por su ausencia. Ocurre desde antaño.<sup>23</sup> Tampoco ignoran que, en el corto y mediano plazo, cualquier mejora en estas áreas es materialmente irrealizable. Vivimos en la Argentina, en el mismo país donde, presumimos, viven los autores citados.

Es difícil argumentar sobre lo obvio. La inveterada -y aún inexcusable- falta de políticas de estado no puede razonablemente justificar la inversión del rol de la víctima, colocando en ese lugar, al punto de pedirle disculpas, a quien, luego de haber sido condenado a prisión efectiva, persiste en el ataque de bienes jurídicos ajenos, so pretexto de que el Estado no supo, no quiso o no pudo contenerlo. En un marco de convivencia civilizada la víctima principal y primaria es quien sufrió el menoscabo de sus derechos más esenciales (*ultima ratio* del derecho penal), a manos de quien resultó condenado por haber sido hallado autor penalmente responsable de un delito determinado.

Las falencias del Estado en el cumplimiento de sus deberes propios e intransferibles, como garantizar la seguridad pública y el ejercicio del poder punitivo, no puede repercutir en desmedro de un sujeto distinto de aquel que las produjo o no sabe superarlas, en este caso en desmedro de los miembros de la sociedad que viven honestamente. Es el Estado quien debe hacerse cargo de sus propias falencias, sin renunciar a imponer penas de cumplimiento más severo a aquellos ciudadanos que muestran un mayor desprecio tanto de la ley como de los derechos de terceros.

Si los reincidentes se verían beneficiados a causa de las deficiencias inherente al Estado, aquellos que sólo se limitan a declamarlas

---

<sup>23</sup> Lo mismo ocurre con las políticas de estado en materia de salud pública, educación, energía.

¿qué beneficio proponen para los ciudadanos que, en cambio, eligen no delinquir? ¿Acaso esas mismas deficiencias no perjudica a éstos? ¿Las deficiencias tienen, quizás, la particularidad de ser selectivas?

Como puede verse, los que en realidad tienen en cuenta la personalidad del autor o su carácter, para compadecerlo y recompensarlo por las penurias que le habría traído aparejadas el encarcelamiento previo, aceptadas en términos apodícticos y sin necesidad de prueba alguna, son aquellos que proponen la eliminación lisa y llana de la reincidencia y de sus consecuencias.

En verdad, debemos decir que si la persona vuelve a delinquir después de haber sido condenada, demuestra que la pena anterior fue ineficaz para él,<sup>24</sup> lo mismo que la tarea preventiva del Estado. Este desprecio justifica el mayor contenido de injusto en el segundo hecho. ¿Acaso es razonable imponerle una pena más leve?

En la reincidencia no se pone el acento en la mayor peligrosidad del autor, sino en su mayor culpabilidad, que autoriza a agravar el modo de ejecución de la pena. El reincidente conoce efectivamente la antijuridicidad de su conducta, porque resultó antes condenado, lo cual revela un mayor grado de desprecio por el orden jurídico, corporizado en la afectación de bienes jurídicos de terceros. La reincidencia es tomar en cuenta un dato objetivo y formal tomado de la realidad. No implica juzgar dos veces la misma situación.

Bien sostiene Tozzini que *“la reincidencia, como concepto dogmático, constituye un elemento caracterológico de la culpabilidad, por lo*

---

<sup>24</sup> Carrara sostenía que este individuo mostraba una mayor “insensibilidad” (Programa, Parte General, pág. 204).

*que, al no estar en el ámbito del hecho típico, no lesiona la garantía del non bis in idem*".<sup>25</sup> Y por lo tanto no hay ningún agravio constitucional.

La reincidencia no se identifica con la reiteración delictiva ni con la habitualidad. No existe identidad objetiva entre los hechos que son materia de juzgamiento. Nos referimos a los probados en la primera condena y los probados en la segunda condena. Si bien la primera de ellas es tomada en cuenta para formular la declaración de reincidencia, ello no significa juzgar nuevamente el hecho anterior, ya que la primera sentencia goza de autoridad de cosa juzgada, sin que pueda ser sometida a modificación alguna.

El distinto tratamiento que se aplica a las personas que vuelven a delinquir, respecto de aquellas que no exteriorizan esa perseverancia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. *"Y si, como efectivamente se observa, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso"*.<sup>26</sup>

#### E. Ciertas incoherencias del Anteproyecto:

En otro orden, si bien en el Anteproyecto se propone la eliminación de la reincidencia, se incorporan ciertas disposiciones que, paradójicamente, reimplantan el espíritu del concepto que con tanto ahínco cuestionan sus contradictores:

---

<sup>25</sup> Voto del Dr. Tozzini, Sala I de la CNCC, causa n° 34.690, del 09/02/90.

<sup>26</sup> CNCP, Sala II, causa "Alcázar", del 21/09/06.

a) El artículo 31, que regula el "reemplazo de la pena de prisión", en su inciso 6º dice: *"Cuando se trata de penas de tres años impuestas por delitos del Título 1 Libro Segundo de este Código, o en razón de las circunstancias establecidas en el inciso 4º del artículo 18, deberá requerirse opinión fundada del Ministerio Público. En estos supuestos, el juez sólo podrá disponer el reemplazo, previo informe de tres peritos como mínimo, designados por el juez y propuestos por el propio juez, el Ministerio Público y la universidad nacional más cercana"* -el subrayado es nuestro-.

Sin dificultad se advierte que la norma reclama la obtención de un informe que no puede sino asentarse en un pronóstico a futuro, en el cual los peritos deberán evaluar la personalidad, la conducta y, en última instancia, la peligrosidad del condenado, para determinar la viabilidad del reemplazo de la pena impuesta.

b) El mismo artículo 31, en su inciso 3º prevé: *"Se podrá reemplazar sólo después de cumplidos dos tercios de la pena, si el agente hubiere sufrido pena de prisión o su reemplazo como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho"*.

En este supuesto, en el cual se contempla la posibilidad de un segundo reemplazo de pena, claramente se computa la condena de cumplimiento efectivo anterior, pues se exige, a diferencia del primer hecho, que en este caso hayan transcurrido dos tercios de la condena. En otras palabras, se establece un agravamiento en el modo de ejecución de la pena del segundo hecho cuando el condenado hubiera sufrido encierro efectivo en los cinco años anteriores, pues en tal caso el reemplazo sólo podrá operar cuando se cumplan los dos tercios de la pena.

c) El artículo 45 regula la "suspensión del proceso a prueba", y en el inciso 10º se prevé que *"si fuere condenado por un delito*

*cometido durante el período de prueba, no cumpliere con la reparación a pesar de poder hacerlo, o incumpliere injustificada y reiteradamente las reglas de conducta, se dejará sin efecto la suspensión y continuará el trámite del proceso...” -el subrayado nos pertenece-.*

Aquí también el juez habrá de valorar el mal comportamiento del condenado, su conducta o personalidad, para agravarle en definitiva su situación procesal, lo que sugiere un resabio del concepto de peligrosidad.

#### F. Conclusiones:

La falta de explicaciones de la eliminación de la reincidencia en la Exposición de Motivos francamente no contribuye a enriquecer el debate que una reforma de semejante envergadura merece. La comentada omisión, vinculada a un instituto de tanta importancia, tanta historia y tanta polémica, obliga a bucear los argumentos de sus críticos y defensores, dispersos naturalmente en fallos, libros y artículos de doctrina de la más variada índole. Esta falta de sistematización de las críticas a la reincidencia, conlleva el serio riesgo de que lúcidas reflexiones y opiniones queden fuera de la discusión, lo que obviamente termina por empobrecerla.

Al margen de lo expuesto, los argumentos adversos al instituto que hemos logrado relevar no nos persuaden de las bondades de su eliminación. Antes bien, nos convencen profundamente de la conveniencia de mantener la reincidencia en el Código Penal, tal como se encuentra actualmente legislada.

