



Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

“LA REINCIDENCIA PENAL Y SU AFECTACION AL PRINCIPIO NE BIS IN
IDEM.”

Apellido y Nombre: Rodriguez Tomás.

Email: Rodrigueztomas193@gmail.com

Telefono: 0341-155638980

Título que se pretende obtener: Abogado.

Fecha de presentación: 12 de noviembre de 2019.

Tutora: Tasada, Liliana

AGRADECIMIENTOS

Me encuentro sólo, escribiendo en mi casa, y no puedo no pensar en mi madre. La primer mujer que conocí y la más importante en mi vida, y es por ello que la presente tesina está dedicada especialmente a ella.

A mi hermano Pablo, un hermano incondicional que a pesar de cualquier circunstancia siempre está al lado mío.

A mi tutora, la Dra. Liliana Tasada, profesora que tuve la suerte de conocer, y que confió en mí, y me brindó su apoyo incondicional en el último trayecto de la carrera.

A todo el personal de la facultad UAI, autoridades, bedeles, directores, profesores, y en general a todo personal no docente que son parte de este gran logro que me llena de satisfacción.

RESUMEN

“La recuperación del pleno Derecho Penal de garantías daría un paso sumamente significativo con la abolición definitiva de la reincidencia y de sus cercanos conceptos, evocativos en todos los tiempos de las desviaciones autoritarias respecto de los principios fundamentales del derecho penal liberal y especialmente, del estricto Derecho Penal de acto”

Eugenio Raúl Zaffaroni.

La reincidencia, como agravante de la pena, es un tema muy polémico en el campo académico. Su validez ha sido puesta en cuestionamiento desde diversas perspectivas a lo largo del tiempo, el siguiente trabajo que sirve de contribución a la tarea de desarrollo académico, de investigación y estudio trataré el tema, y más específicamente su afectación al principio constitucional de la prohibición a la persecución múltiple, más conocido como “Ne bis in ídem”.

El trabajo constara de V capítulos y una conclusión final en la que incluso se incluye una opinión personal, de lo que debería suceder con el instituto en cuestión.

En el Capítulo I, se realiza una elección del término, Derecho Penal o Criminal, con su debida fundamentación. A su vez se lo define y establece cuáles son sus límites y objeto de estudio.

El Capítulo II, está destinado a exponer cuales son el fin y fundamento de las penas, haciendo así un desarrollo sobre las teorías de la pena. Luego se detallan cuales son las normas que podemos encontrar tanto a nivel internacional como nacional, para enfocarlos a fondo en nuestra ley de ejecución penal.

Dentro del Capítulo III, expondré el principio Ne bis in ídem en sus dos vertientes, prohibición de doble punición, o prohibición de doble persecución penal. Continuo detallando su origen histórico y cuáles son sus caracteres y alcances en la actualidad, como también, cuales son los requisitos para su existencia.

En el Capítulo IV, llevaré adelante la definición del término reincidencia, con una diferenciación del Derecho Penal de acto y el Derecho Penal de autor. Continuo detallando cuales son los caracteres que exige el Código Penal para la reincidencia, en qué supuesto hay multireincidencia, y cuáles son los efectos del instituto. Se detalla a

continuación, cuales son los principales fundamentos que avalan el instituto, cual es la clasificación que existe para la misma y su evolución histórica en la legislación Argentina, para terminar estableciendo cual es la afectación al principio Ne bis in ídem.

En el Capítulo V, se abordaran 3 fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se trata el tema de la reincidencia.

Por último se realiza una conclusión del tema, en la que ofrezco una opinión personal, de cómo debería seguir tratándose el instituto para poder lograr una aproximación a la finalidad de la pena que persigue nuestro cuerpo normativo.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

Todo lo correspondiente al Derecho Penal encuentra su base de sustento en primer lugar, al igual que cualquier rama del Derecho, en la Constitución Nacional, y en los Tratados Internacionales que fueron incorporados a nuestro Bloque Constitucional con la reforma de la misma en el año 1994, creando así límites o principios. Por ende toda norma nacional, o provincial en su caso deben subordinarse a dicho bloque.

Todas las normativas específicas del Derecho Penal, se pueden encontrar en el Código Penal Nacional, siendo el Poder Legislativo de la Nación el encargado de dictar los Códigos que rigen en todo el territorio del país, junto a los que corresponden en materia Civil, Comercial, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, mientras que la legislación de forma o procesal, y temas propios de las Provincias, son competencia de las 23 provincias más la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, formando así, la totalidad del sistema normativo interno.

Dentro del Código Penal, se encuentra el instituto de la reincidencia, que ha sido abordado por distintos autores y aunque no existe una posición firme con respecto a la vulneración del Principio Ne bis in ídem, el mismo se encuentra en constante tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintas causas. Creo que el instituto debe ser modificado con extrema urgencia para mantenerlo dentro de los niveles de la legalidad o al menos, que el tratamiento que se brinde a los reincidentes sea el más aproximado a la finalidad proclamada por la pena.

MARCO TEORICO

Muchos son los tribunales que sostienen que si a una persona con condena anterior se la juzga y condena por un nuevo delito y, al momento de aplicar la pena, no sólo se tiene en cuenta el hecho juzgado sino también la pena impuesta y cumplida anteriormente, se vulnera el principio “Ne bis in ídem” (o prohibición de persecución múltiple), en tanto que supone una doble valoración de un mismo hecho. En efecto, se resalta que no hay duda que el régimen de intensificación penal por reincidencia agrede al principio, que aparece redactado en textos internacionales de rango constitucional.

Para comenzar, me parece correcto ofrecer conceptos de términos que serán empleados durante el análisis de nuestro tema de investigación:

1. ¿Qué se entiende por pena?

La pena es solo un medio para el logro de un fin. El objetivo de la pena es la prevención. Es aquel mal que produce la pérdida o restricción de derechos personales, en conformidad con la ley del Estado. Los magistrados la imponen a aquellos que han sido, con las formalidades debidas, reconocidos culpables de un delito. La definición por parte de la ley, la culpabilidad del sujeto y la imposición por parte de la autoridad legítima, distinguen la pena de la venganza.

2. ¿Cómo se define a “los principios constitucionales”?

Los principios constitucionales están destinados a valores éticos, sociales, legales e ideológicos consagrados en la Constitución Nacional, a partir de los cuales se deriva todo el ordenamiento jurídico. Pueden ser llamados también como *principios fundamentales*. Estos principios funcionan como las directrices esenciales de todo el sistema de orden sociopolítico de la Nación y tienen fuerza vinculante.

Por esta razón, cada una de las leyes, reglamentos y normas que se redactan en la sociedad, tienen que contener o respetar estos principios, garantes del pacto social entre los ciudadanos y el Estado.

3. ¿Qué se entiende por proceso penal?

Es el conjunto de actos conforme a los cuales el juez, buscando siempre la “verdad material” y aplicando la ley, resuelve a través de una declaración positiva o negativa, la pretensión punitiva del Estado.

4. ¿Qué es el poder punitivo?

Es una forma de control social lo suficientemente importante, monopolizada por el Estado y que constituye una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano. Muchos la han denominado como el derecho del Estado de castigar a sus súbditos.

OBJETIVOS

Objetivos generales.

- Realizar un análisis completo del instituto de la reincidencia, determinando sus caracteres y alcances.

Objetivos en particular.

- Analizar el Derecho Penal y la finalidad de la pena.
- Determinar el objeto de estudio de la reincidencia.
- Determinar su finalidad o alcance.
- Analizar su relación con la finalidad de la pena.
- Conocer la normativa que regula dicha finalidad.
- Profundizar su contradicción con la prohibición a la persecución penal múltiple.
- Ofrecer una opinión personal para que el mismo sea más satisfactorio para el orden institucional.

INTRODUCCION

Dentro del Derecho Público del Estado, nos encontramos con el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho Constitucional, como los encargados o los responsables de aplicar el poder punitivo del Estado.

Dicho poder punitivo muchas veces es llevado a cabo con tanto entusiasmo y selectividad que termina desvirtuando los fundamentos del mismo y perdiendo así toda legitimidad.

En nuestro ordenamiento con los arts. 75 inc. 22 de la CN, 5.6 de la CADH, arts. 10 inc. 3 del Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos y 1 de la Ley 24.660, modificada por la Ley 27.375, la pena tiene una función preventiva especial, que más adelante será desarrollada con más énfasis, pero básicamente y a modo de introducción en tema se nombra.

Por prevención especial debemos entender que la finalidad de la misma, es que a los sujetos que son más vulnerables a cometer delitos, los debemos ayudar y encaminar a una vida armónica en sociedad respetando los límites que le son impuestos y que a través de la pena que sufran puedan obtener el tratamiento adecuado por parte del Estado, que es en fin, el primer encargado de tutelar los Derechos de todos los ciudadanos y más específicamente de integrar a esos sujetos que por algún motivo se encontraron desplazados de la vida en sociedad.

Dentro del Derecho Penal podemos encontrar un instituto que forma parte del mismo llamado Reincidencia, que tiene el efecto de agravar la respuesta institucional punitiva del Estado. “Ello tiene tres variantes: a) contemplándola expresamente como pauta para la determinación judicial de la pena (arts. 40 y 41, C.P.); b) asignándole el poder de impedir la libertad condicional del condenado (art. 14, C.P.); y c) posibilitando la imposición de la llamada “reclusión por tiempo indeterminado”, como accesorio de la última condena (art. 52, C.P.).” (Gustavo L. Vitale, S/D).

Este instituto bastante criticado por alguna parte de la doctrina no se encuentra, en armonía con todos los principios constitucionales a los cuales debe adecuarse todo el ordenamiento normativo, ya que al ser parte del Derecho Penal objetivo, debe subordinarse de manera total a la Constitución Nacional, y por ende a los tratados de Derechos Humanos que son parte de nuestro Derecho a través de la incorporación de los mismos por el art 75. Inc. 22 de la misma. Como son por ejemplo el Principio de Culpabilidad y más específicamente el Principio de “Ne Bis In Idem”, (o prohibición de persecución múltiple), siendo este último el principio a desarrollar en la siguiente tesis. O más bien la contradicción con el mismo.

La idea que motivo esta investigación es que en el sistema penal argentino el tema de la reincidencia es cada vez mayor y no se encuentran motivos para solucionar la misma, no solo hay falencias del Estado a la hora de imponer penas sino también, a la hora de ejecutarlas. No es para nada agradable que las cárceles se llenen de reincidentes, siendo la resocialización, el fin escogido para fundamentar la imposición de la pena privativa de la libertad. En un Estado de Derecho esto debe ser atendido con mucho énfasis y procurar una correcta protección a los Derechos de quienes integran la sociedad.

CAPITULO I: DERECHO PENAL

SUMARIO: 1. Derecho Penal o Criminal; 2.Derecho Penal; 3 Limites al Derecho Penal; 4 Delitos.

1. DERECHO PENAL O CRIMINAL

Estas fueron de las definiciones más utilizadas para denominar o llamar a una misma rama del Derecho. Ambas de un punto de vista distinto, como bien dice Zaffaroni “Ambas parecerían responder a dos diferentes puntos de interés, eligiéndose criminal o penal, según que se haya mirado al hecho individual de la transgresión, al que se contrapone la punición, o al hecho social de la punición misma” (Zaffaroni, 1998, p.42). Es decir, o se puede observar el hecho realizado por el sujeto activo, o la consecuencia sufrida por el mismo una vez realizado.

Es más acertado fijarse en el fin del Derecho para el que fue creado, es decir mirar el objetivo del mismo para poder definirlo y no la base de las conductas realizadas por los individuos. Si bien dentro del Derecho Penal se pueden encontrar diversos institutos de coerción como por ejemplo las medidas de seguridad, no se puede dejar de lado que la principal manifestación de la coerción penal es la pena.

No se debe olvidar que es Derecho, y en tanto que "criminal" carga el acento sobre la transgresión, y hace olvidar que su consecuencia, llámesela como se la llame, siempre tiene un contenido penoso, y eso nos ayuda a respetar la idea de persona, porque nos advierte acerca de la consecuencia que puede sufrir el penoso.

Y al fin y al cabo es de lo que más importa a la hora de hablar de esta rama del Derecho y a lo que más atención deben prestar nuestros jueces a la hora de imponer estas sanciones que se encuentran tipificadas, bajo el principio que se describe como Derecho Penal de Acto, “de tal modo, el principio penal de acto o principio de materialidad de la acción consiste, por un lado, en que el juicio de reproche penal será dirigido sólo contra una acción y, por el otro, en la obligación del legislador de seleccionar como punibles acciones que presenten determinadas características”. (Stella Maris Martínez, 2010)

2. DERECHO PENAL

Ahora sí para entrar profundamente en el tema que nos compete se debe dejar en claro que el Derecho es el encargado de regular o controlar la vida en sociedad, es decir la interacción entre los sujetos que la componen o integran, el Derecho Penal es más específicamente aquel que se compone de la suma de todos los preceptos que regulan las consecuencias de una acción determinada, con una pena o con una medida de seguridad. Como por ejemplo pueden serlo las conductas delictivas, como el homicidio, las lesiones, el hurto etc..., pero también por ej. las disposiciones sobre error, capacidad de culpabilidad, legítima defensa, etc..., de las que se deduce en concreto cuando acarrea sanciones penales una conducta que coincide con una descripción delictiva. Si un precepto pertenece al Derecho Penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones, como lo pueden hacer el Derecho Civil o el Derecho Administrativo regulando también determinadas infracciones. Sino que aquí, la particularidad la encontramos en que esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.

Desde esta perspectiva, de que el Derecho Penal constituye uno de los mecanismos destinados al control social de los individuos. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero con una característica que los diferencia, o mejor dicho, una característica de la cual carecen y los diferencia de un control jurídico altamente formalizado como lo es el Derecho Penal. Como todo medio de control social, se ve dirigido o encaminado a encauzar y correccionar a los sujetos ante determinadas conductas indeseadas o repudiadas. Pero el Derecho Penal se distingue en que es el capacitado a aplicar las sanciones más graves que existen como lo son las penas y las medidas de seguridad ante determinados comportamientos que estima peligrosos. Al ser un mecanismo tan importante, su monopolio es asegurado únicamente al Estado, tanto por su poderío, como para la garantía de los ciudadanos también. De ahí que el poder punitivo del Estado solo pueda ser ejercido ante determinadas conductas que deben ser determinadas de manera clara a través de normas dictadas por el órgano legislativo electo en forma regular por los ciudadanos integrantes de un Estado democrático, como también las hipotéticas penas que puedan sufrir quienes las realicen. Tales normas son las que constituyen el Derecho Penal (normativo), esto es lo que se conoce con la expresión (principio de legalidad), y en ello

consiste el carácter eminentemente formalizado que distingue al Derecho Penal de otros medios de control social.

El Derecho Penal suele entenderse en dos sentidos distintos, objetivo y subjetivo. En este sentido objetivo significa el conjunto de normas penales. El Derecho Penal subjetivo, también llamado Derecho a castigar o *Ius Puniendi*, es el derecho que corresponde al Estado a crear y a aplicar el Derecho Penal objetivo.

Sin embargo el Derecho Penal no es el único habilitado a imponer sanciones a los individuos que infringen determinadas conductas sancionadas por normas. Existen otros sistemas de control jurídico como por ejemplo, la Administración Pública, que puede, a través de sus funcionarios establecer sanciones administrativas, como las multas por exceso de velocidad. Y sin embargo esto no se ve alcanzado por el Derecho Penal, sino por el Derecho Administrativo. El Derecho Penal, solo va a establecer las penas o medidas de seguridad que se puedan imponer a través de un proceso judicial penal.

Es el legislador quien se encarga según la gravedad de la conducta de establecer qué pena debe sufrir quien la realiza.

3. LÍMITES AL DERECHO PENAL

El Derecho Penal es ejercido como la última herramienta que tiene el Estado en su poder para poder controlar los comportamientos delictivos que tienen los individuos, de aquí que podemos deducir que tiene algunos límites.

En primer lugar se destaca el valor justicia, es decir que el Estado debe abstenerse de aplicar penas injustas, esto va más allá de la utilidad social que puedan tener las mismas. Por ello, muchas penas pueden llegar a imponerse o no, dependiendo cual sería su resultado final.

Además de esto Alberto Fernández, manifiesta que “debe ser eficaz y en consecuencia es aconsejable no aplicarla, aunque el delincuente la merezca, si al hacerlo se obtiene un efecto social contraproducente” (Righi, Fernández, 1996, p.40).

El artículo 26 del cp. permite una vez cumplidos ciertos requisitos, suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad de corta duración porque es inconveniente

la imposición de una breve condena, que no aporta mucho a su resocialización y aumenta el riesgo de reincidencia por un contagio carcelario.

“En muchas oportunidades estas conquistas se evalúan desdeñosamente, asegurando que no han significado logros apreciables. Pero eso se debe, precisamente, a que se las mide con el baremo de su potencialidad socializadora, invocando su incidencia insignificante en la disminución de la reincidencia; y, claro está, desde ese punto de vista resultan muy desfavorecidas. Esto es diferente si se lo contempla como esfuerzos destinados únicamente a reducir los efectos negativos de la pena preventivo-general. Quizás, la supresión casi total de las penas privativas de libertad de corto tiempo no ha contribuido gran cosa a que no reincidan los jóvenes desviados por la educación que han recibido, la ausencia de oportunidades y, en general, la sociedad en que viven; pero seguramente ha impedido que muchos delincuentes ocasionales se transformen en habituales o profesionales peligrosos e irremisiblemente desocializados” (Enrique Cury Urzua, S/D). Estas definiciones ayudan a desentrañar el espíritu de eficacia que buscan nuestras normas y nuestro ordenamiento legal en conjunto.

4. DELITOS

Por lo poco que se puede ir deduciendo dentro del término Derecho Penal, se pueden encontrar por ejemplo las palabras delitos y penas dentro de las normas penales. Ahora nos deberíamos ocupar de establecer con más claridad, en la medida posible, a qué se refieren estos términos.

La primer dificultad que se puede encontrar a la hora de definir el delito, es que no se puede definir de manera sencilla sin hacer referencia a la norma escrita (Derecho Penal objetivo), como bien dice Muñoz, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena, (Muñoz Conde, 2001), si bien definir el delito por fuera de lo que sería el Derecho Penal sería hacer un debate filosófico de una conducta, hecho u acción, como quiera llamárselo, que divagaría y carecería de sentido, aunque sin lugar a dudas sería de gran ayuda para los juristas a la hora de tipificarlo y a su vez, a la hora de imponer sanciones. De aquí que deviene un principio adoptado por nuestra legislación y por todas las legislaciones del Derecho comparado como lo es “*nullum crimen sine lege*” que traducido al español, sería “ningún delito, ninguna pena sin ley previa”, es decir será delito lo que demande pena, y pena lo que sea demandado por el delito.

Para estudiar en mayor plenitud cada acción se ha elaborado lo que se llama, la teoría del delito. Ayudándonos ésta, a definir en cada caso lo qué podría ser un delito y qué no. Sin hacer un gran desarrollo del tema en cuestión, ya que eso llevaría largos tomos de redacción, se pueden destacar algunos conceptos.

Dejando siempre en claro que, lo que se puede estudiar aquí son conductas humanas, que es lo único que podría llegar a ser catalogado como delito. Nadie puede ser penado por lo que cree o piensa, sino por lo que ha hecho, no tiene cabida en nuestra legislación el delito de opinión. Aunque será explicado más adelante, un sujeto solo puede ser enjuiciado una sola vez por una misma conducta, es decir que solo puede tener un juicio de reproche por ese accionar.

Esa conducta debe ser también Típica, Antijurídica, y Culpable. El primero de los términos hace alusión a que se debe encontrar descripta en el Código Penal de manera previa, y de esta manera los actos humanos voluntarios, se transforman en actos penales. Solamente las acciones punibles son típicas y no hay más delitos que aquellos que pueden adecuarse a un tipo penal (Balestra, 1998).

La antijuridicidad hace referencia, a que una vez que está afirmada esa tipicidad, la conducta debe ser contraria a Derecho en su totalidad y hay normas o Derechos que la legitiman, como por ejemplo lo son la legítima defensa, legítima defensa de un tercero, el estado de necesidad, y el ejercicio regular de un Derecho, autoridad, o cargo.

Por último esa conducta debe ser también culpable, es decir que el sujeto debe comprender lo que está haciendo, y actuar acorde a esa comprensión.

CAPITULO II: FUNDAMENTOS DE LAS PENAS.

SUMARIO: 1. Fin y Fundamentos de las Penas; 1.1 Teorías de la Retribución; 1.2 Teorías de la Prevención Especial; 1.3 Teorías de la Prevención General; 1.3 Teorías Mixtas; 2 Normas Sobre la Función de la Pena; 2.1 Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos; 2.2 Convención Americana de Derechos Humanos; 2.3 Ley 24660 modificada por Ley 27375; 2.3.1 Tratamiento; 2.3.2 Características del régimen progresivo; 2.3.3 Artículo 56.

1. FIN Y FUNDAMENTOS DE LAS PENAS

El fin y el fundamento de las penas, es un largo tema en cuestión, en el que se debe establecer el por qué de los castigos que se imponen, es decir cuál es su objetivo real, este tema ha dado las más diversas opiniones, y para ello es preciso destacar cuál es el problema que se intenta resolver.

En realidad cuando se plantea cuál es el fundamento de las penas, no se ha planteado una cuestión dogmática, sino mas bien, una cuestión filosófica del Derecho Penal, es decir preguntarse internamente el por qué, y el para qué de su existencia.

Más concretamente el estudio que se debe hacer es el por qué de las penas que se pueden imponer, y no hacer un estudio filosófico del Derecho coercitivo del Estado, sino limitarse a las penas.

“Se debe responder a la pregunta, ¿Para qué establece la sociedad organizada en el Estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena la ejecución de determinadas conductas?” (Bacigalupo, 1999, p.29).

Es este un tema de gran debate doctrinario, el establecer cuál es la función del poder punitivo del Estado. Algunos creen que la pena tiene una orientación por la justicia, y está destinada a ello y otros creen que la pena está teñida por un valor social y que estaría encaminada a la protección de ciertos intereses sociales.

Mientras la escuela clásica mantenía la legitimación de la pena a través de *teorías absolutas*, basándose en un criterio como la justicia, la escuela positiva, a través de las *teorías relativas* le daban como único criterio la utilidad de la misma.

Las siguientes son algunas de las teorías que se pueden encontrar, con fundamentos por distintos doctrinarios de la materia:

1.1 *Teorías de la retribución* (basadas en la justicia).

La pena no encuentra sentido socialmente útil desde ningún punto de vista. Aquí simplemente lo que se intenta hacer es retribuir el mal causado por el sujeto, da idea de un mandamiento que podría llamarse “te sucederá lo mismo que hagas”, o “sufrirás como hagas sufrir”. Es por ello también que su gravedad o plazo a permanecer en encierro se encuentra íntimamente vinculado a la gravedad del delito que cometa.”

En el comienzo o aparición de esta teoría podemos encontrar la vieja ley que decía, “ojo por ojo diente por diente”, aunque con la aparición de los Estados organizados, dejando ya en manos del Estado el poder de aplicar la retribución y basado obviamente en procesos legalmente regidos.

La iglesia ha apoyado hasta algún momento la teoría de la retribución al concebir la realización de la justicia como mandamiento de Dios y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de juez de Dios.

Esta teoría en verdad se ha fundado en tres tipos de razones.

- a) “Desde el punto de vista religioso, el cristianismo —como otras religiones— ha dado lugar a fundamentaciones tradicionales de la función retributiva de la pena. Así, el mensaje de Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal contenía el siguiente pasaje: «Pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Éste ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer»” (Mir Puig, 2003, p.52). Es decir, que existe una correlación entre la justicia divina y la pena que se le debe imponer a quien comete un delito, dando quizás una definición divina o posible de la sentencia que recibirá el delincuente en su debido tiempo.
- b) “La idea del hombre como fin en sí mismo es uno de los planteamientos más importantes de Kant en materia ética” (Miguel González Vallejos, 2005), según él los seres humanos son dignos de merecer un trato especial, un trato que los posibilite a desarrollarse como personas dignas. Es decir, que cada hombre debe ser tratado en sí mismo, y no en beneficio de otros, o “para” otros, de no ser así, ello los asemejaría a una cosa o a una vaca que sirve para alimentar a los individuos. “No sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. Sólo es admisible, entonces, basar la pena en el hecho de que el delincuente

la merece según las exigencias de la Justicia” (Mir Puig, 2011, p.78). La pena se presenta dentro de la ley penal, que viene a ser un factor inevitable del valor justicia, más allá de cualquier utilidad.

- c) Para este carácter de la pena, es necesario restablecer el orden jurídico que ha sido dejado de lado por un sujeto autor del delito. Es decir que va en contra de la voluntad general para buscar su propia voluntad personal. Esa necesidad aparece como un hecho cometido en negación de la voluntad general. “Véase cómo se aplica así, el método dialéctico hegeliano: la voluntad general (orden jurídico) es la «tesis», la negación de la misma por el delito es la «antítesis», y la negación de esta negación será la «síntesis», que tendrá lugar mediante el castigo del delito” (Mir Puig, 2011, p.78).

1.2 Teorías de la prevención especial.

Aquí, el único fundamento que encuentran las penas es hacer desistir al autor de continuar cometiendo delitos.

Su portavoz “fue Franz v. Liszt (1851-1919), el político criminal alemán más significativo. Según su concepción, la prevención especial puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro, intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección.” (Roxin, 1997, P.85)

Corrección a la que llamamos vulgarmente resocialización o socialización. Esta teoría lo que busca no es marcar al autor del delito o estigmatizarlo, sino integrarlo nuevamente a la vida en sociedad, sufrida ya una pena privativa de la libertad el sujeto debe estar apto para reacomodarse dentro de la sociedad y debe contar con la herramientas brindadas para poder llevar una vida sin delitos.

Es esta una teoría llamada relativa, que no es absoluta por si sola como las teorías de la retribución. Se aplican refiriéndose a la prevención de nuevos delitos ("relativo" viene del lat. *referre* = referirse a).

Aquí se considera al autor de un delito como el sujeto central del Derecho Penal, y a la pena se la ve como un instituto que sirve para la corrección del mismo. El sistema no se

fundamenta en la desobediencia a la norma, sino en la asociación que presenta el delincuente, y tiene la necesidad de prevenir nuevos hechos del mismo autor, se encuentra íntimamente vinculada al tema de la reincidencia (Roxin, 1997).

La teoría preventivo especial originariamente entendió a la pena como instrumento de motivación de base coactiva, pero difiriendo de las teorías preventivo generales, en que aquí la amenaza se dirige al propio autor, a quien se anuncia que si reincide sufrirá nuevamente la pena, y se la llamo prevención especial *negativa*.

En su versión moderna esta teoría procura evitar la reincidencia intentando conjurar las causas que gravitaron sobre el autor, a quien se procurara adaptar mediante tratamiento de resocialización, a esta corriente se la llamo prevención especial *positiva* (Righi y Fernández, 1996). Se encuentra íntimamente vinculado con los programas de humanización de la ejecución de penas privativas de la libertad.

Se han encontrado tres corrientes de esta teoría:

a) Para los correccionalistas, Pretende sustituir al juez por el médico. A la pena por la medida de seguridad, al Derecho Penal por la criminología. Uno de los garantes filosóficos del correccionalismo penal, fue Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832). En nuestro país fue Hipólito Yrigoyen el más renombrado hombre público identificado con el krausismo. De la ética Krausiana, se deriva de que todo lo es en Dios, y de que la felicidad se logra mediante el amor entre los hombres que asume la forma de una enorme cofradía humana. De esto se deriva que el fin del Derecho, será la facilitación de la realización de la esencia del hombre. Para esta corriente la pena, tiene la misión moral de mostrarle al hombre el camino de su libertad, que se encuentra en su aproximación a dios. La naturaleza mística de esta teoría, hacen que no sea una simple teoría destinada a evitar delitos, sino una teoría anexa a su fin principal, que es el mejoramiento moral del hombre (Zaffaroni, 1991). Podemos destacar que hoy en día una teoría que fundamente la pena en base a un mejoramiento moral, que podría darse con un control cerebral que nos libere, no causa mucho entusiasmo. Pero esta teoría tiene ya más de un siglo de antigüedad y ha servido para refutar por ejemplo la prisión perpetua y la pena de muerte.

b) Para los positivistas, el hombre actúa determinado por una serie de circunstancias de muy diversa índole, pero que básicamente se basan en influencias biológicas y sociales.

Si se ha delinquido por circunstancias que fatalmente conducen a la conducta criminal, es evidente que no cabría reproche, lo que la sociedad deberá hacer entonces es adoptar las medidas necesarias para evitar que continúe delinquiendo.

c) El eclecticismo de Von Liszt,

“El objetivo de la pena es la prevención, es decir, evitar, hasta donde sea posible, la comisión de otros delitos. Esta finalidad debe alcanzarla preferentemente mediante la resocialización del sujeto que delinquiró, esto es, actuando sobre él para que en lo sucesivo reconozca y respete los bienes jurídicos. Cuando ello no es posible, al autor hay que segregarlo del grupo social a fin de impedir nuevos ataques.” (Liszt, 1976, p.112).

Se formula para ello la clasificación de delincuentes que encontraba tres niveles, en el caso de los delincuentes incorregibles, se proponía su inculcación o una pena de prisión por tiempo indeterminado, la cual resultaría contraria a distintos principios que serán detallados más adelante, al tratar el tema de la multireincidencia. Han llegado hasta admitir en cierto punto las penas de muerte, los autores que fundamentaban esto, creían que la sociedad tenía derecho a protegerse de aquellos sujetos que no desistían de su convicción a continuar cometiendo delitos. Por otro lado, la prevención especial, postuló en segundo y tercer nivel, la intimidación para los delincuentes ocasionales, y la corrección para los delincuentes habituales.

De esta última tendencia nace la nueva defensa social, la pena debe estar orientada al tratamiento del delincuente, con la concreta finalidad de devolver al autor del delito a una vida social libre y consciente.

Al igual que cualquier teoría, presenta algunos problemas. Su defecto más grave consiste probablemente en que, al contrario de la teoría de la retribución, no proporciona un baremo para la pena. Este consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado.

Esto debería conducir a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada y también, en su caso, a que por un delito de poca importancia se pudiera

aplicar una pena privativa de libertad de muchos años, en el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad. (Roxin, 1997)

Presenta algunas dificultades al responder la pregunta de, “¿Con qué Derecho deben dejarse tratar los ciudadanos adultos por el Estado?” Prohíbe una educación forzosa en cualquier caso por cuanto afecta al núcleo intocable de la personalidad de un adulto.

“Otro punto débil de la prevención especial se encuentra en el hecho de que no sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización. Este problema no sólo surge con muchos autores de hechos imprudentes y con autores ocasionales de pequeños delitos, sino también con personas que han cometido delitos graves, pero en los que no existe peligro de reincidencia porque el hecho se cometió en una situación de conflicto irrepetible, o cuando las distintas circunstancias temporales hacen imposible su nueva comisión.”(Roxin, 1997, p.89).

Uno de los más grandes conflictos que presenta, es que no se ha podido desarrollar una sociabilización para el reincidente.

Por más que se encuentre cualquier aspecto negativo de estas teorías se debe admitir que son parte de nuestro ordenamiento interno con la incorporación de los tratados de Derechos Humanos y se debe respetar.

Los jueces deben ser conscientes a la hora de aplicar una pena y deben hacerlo en la medida que pueda llegar a cumplir esa finalidad, de otro modo, cualquier pena que sufra un delincuente correría el riesgo de ser inconstitucional.

Además la prisión es entendida en un sentido moderno, que tiene su origen en el artículo 18 de la Constitución Nacional y que en ordenamientos particulares tiene mayor precisión. Así el artículo 9 de la Constitución de Santa Fe expresa en su párrafo cuarto: "Queda proscripta toda forma de violencia física o moral sobre las personas sometidas a privación o restricción de su libertad corporal"; mientras que el octavo agrega: "Las cárceles serán sanas y limpias y adecuadas para la readaptación social de los internados en ellas".

1.3 La teoría de la prevención general.

La tercera de las teorías clásicas no se basa ni en la retribución absoluta de una pena, como castigo por haber cometido un delito ni tampoco es objeto de la pena el sujeto activo de la conducta reprochada sino sobre la comunidad toda mediante amenazas penales. Esta coacción formulada en abstracto se lleva a cabo en la sentencia, cuando el juez acentúa esta prevención al condenar al autor del hecho y por éste acto está dándole aviso a los sujetos todos, mostrándoles lo que ocurrirá si realizan una conducta similar (por eso, para el funcionamiento de este criterio se exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio no se llevaría a cabo).

Estas teorías no se fijan en el efecto que pueden llegar a producir en el sujeto al que le aplican la sanción, sino en toda la comunidad.

Se creía que la pena en los potenciales autores de delitos hacía una coacción psicológica que producía en los sujetos una abstención de cometer delitos, se la llamaba “teoría psicológica de la coacción”. Feuerbach decía al respecto "todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión" (Roxin, 1997, Pag. 90).

La teoría actual distingue un aspecto negativo y uno positivo de la prevención general. En su versión negativa, se dice que el conjunto de normas jurídicas está seguido por las sanciones, penas, o restricciones que sufriría aquel sujeto que realiza una conducta legalmente reprochada.

Sin embargo, la corriente positiva de la prevención general está destinada u orientada a cumplir con las expectativas de las normas jurídicas que cualquier persona tiene, y que desaparecen cuando un sujeto cualquiera atenta contra la seguridad cometiendo un delito. Actualmente se le suele atribuir a este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio, tiene por objeto motivar al sujeto para formar en él una actitud de respeto a los bienes jurídicos más importantes, ella involucra un intento de mejorarlo.

1.3 *Las teorías de la unión.*

Saliendo de las clásicas definiciones de retribución o prevención, aparece una nueva corriente, que intenta ser superadora en algunos aspectos.

“Esta nueva clasificación de teorías está compuesta por las llamadas teorías de la unión. Estas tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora. Por lo tanto, se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. Dicho en otras palabras, la pena será legítima, para estas teorías, en la medida en que sea a la vez justa y útil. Los valores de justicia y utilidad, que en las teorías absolutas resultan excluyentes y en las relativas son contemplados sólo a través de la preponderancia de la utilidad (social), resultan unidos en las "teorías" que estamos tratando” (Bacigalupo, 1996, P.16).

Este tipo de teorías comienzan en admitir o aceptar que estas dos corrientes clásicas que desarrollamos, (retributivas y preventivas) parten de dos conceptos opuestos, e inclusive pueden ser antinómicos.

Es decir que una pena justa por determinado delito, puede a su vez ser insuficiente para cumplir con fines sociales esperados. Es aquí donde para poder complementar estas corrientes, es necesario optar por una de las ideas de manera preponderante.

Esto lleva a poder considerar dos puntos de vista sobre las teorías de la unión en su versión moderna. La primera otorga preponderancia a la justicia sobre la utilidad, es decir, a la represión sobre la prevención. Partiendo desde esta perspectiva, la utilidad de la pena siempre estará relacionada a la ausencia de exigencias sobre no exceder ni atenuar la pena justa (Bacigalupo, 1996).

La segunda orientación de las teorías de la unión distribuye en momentos distintos la incidencia legitimante de la utilidad y la justicia. “La pena legítima será siempre la pena necesaria según un criterio de utilidad y que la utilidad dejará de ser legitimante cuando la pena necesaria para la prevención supere el límite de la pena justa”(Bacigalupo, 1996, P.16).

Para estas corrientes, lo fundamental es que el sujeto tenga su retribución por un delito cometido culpablemente, y solo por excepción permiten además que estas penas tengan un fin preventivo. Como se ha demostrado la retribución no es la totalidad de la pena, sino solo uno de todos los diversos caracteres.

Hay que destacar también que la pena recorre distintos momentos o estadios y por lo tanto se puede observar que la pena cumple funciones y finalidades distintas en cada momento.

Enfocados desde esta perspectiva se pueden encontrar con que al momento de graduar un delito con una pena específica, el legislador va a estar amparado por las teorías de la prevención general de la pena, para poder intimidar con esto al común de la sociedad para que no realicen determinadas conductas. Si más allá de todos estos intentos que se dejan plasmados en la norma escrita, un sujeto determinado realiza una conducta reprochada con una pena, se le aplicara la sanción y en ese determinado momento jugaran un roll preponderante las teorías retributivas de la pena. Una vez que el sujeto haya sido ya condenado, en el momento de ejecución de la misma, sobre todo si es una pena privativa de la libertad jugara un papel importante la idea de la prevención especial del sujeto culpable, educando y reprimiendo sus instintos agresivos.

2. NORMAS SOBRE FUNCIONES DE LA PENA

2.1 *Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos.*

El 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó dos pactos en su resolución 2200 A (XXI), siendo uno de ellos el P.I de Derechos Civiles y Políticos.

El cual en su artículo 10.3. Dice “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”

En este pacto internacional del cual la Argentina es parte, desde el año 1986 con la ley 23.313, se puede observar la clara idea de resocialización del delincuente privado de la libertad.

2.2 *Convención Americana de Derechos Humanos*

La citada convención, también llamada pacto de San José de Costa Rica, haciendo alusión al lugar donde fue realizada, entra en vigencia en nuestro país a partir del año 1984 con la ley 23.054. y también hace una clara alusión al fin socializador de la pena que pueden sufrir los delincuentes en su artículo 5.6 y dice, “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

2.3 *Ley 24660 modificada por Ley 27375*

Bidart Campos decía que “la ejecución de la pena no puede conceptuarse como un simple problema de política criminal, en razón de que la Constitución – y a partir de 1994 los Tratados Internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 de la C.N.

Estos imponen pautas muy claras y además, todo el sistema de Derechos Humanos que contienen la ley suprema y los Tratados adoptan estrecha relación con todas las modalidades de cumplimiento de la sanción penal.

Se comprende fácilmente que el cumplimiento de la condena no provoca solamente una cuestión penitenciaria que, como tal, se recluya en el Derecho Administrativo; el tribunal cuya sentencia aplica la pena (u otro competente), debe retener o asumir en plenitud el control judicial necesario, tanto a los fines de la eficaz defensa social y de la seguridad, cuanto a los de tutela de la dignidad y los Derechos del condenado, y a los de vigilancia de las condiciones de vida en los establecimientos carcelarios, del trato a los reclusos, de su reeducación para la reinserción social.” (Rubén E. Figari y otros, S/D). Siendo esta reinserción social tan importante, y sobre todo para evitar las nuevas recaídas en el delito.

Teniendo en cuenta la finalidad que se busca, la vieja norma fue modificada por la nueva Ley 27.375, y consagro “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto”.

Hay que tener en cuenta que en la vieja ley ya se imponía al condenado la obligación de “respetar y comprender la ley”, pero ahora debe también tener la capacidad de “comprender la dimensión de sus actos y la sanción impuesta”.

Aunque la parte que más importa a la hora de ver la finalidad de la pena, es la idea de que todas estas cargas que pesan sobre el condenado, serán llevadas a cabo “procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”. De ese modo, dicha normativa consagró el ideal resocializador como fin de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Siendo éste, la base para la posterior interpretación de todos los preceptos que regulan la ejecución de la pena privativa de la libertad. Una vez aceptada la finalidad resocializadora, hay que destacar que no hemos encontrado una definición específica para su contenido. Por el contrario se la ha llamado de distintos modos, como reeducación, rehabilitación, repersonalización, reinserción y readaptación social entre otros, con lo que se delata la vaguedad del término. Pero obviando esta finalidad, lo que estaríamos haciendo a la hora de encarcelar sujetos, sería centrarse en los aspectos custodiales y represivos con graves riesgos de conversión de las prisiones en meros depósitos de seres humanos.

2.3.1 *Tratamiento*

El art. 5º especifica: “El tratamiento del condenado deberá ser programado, individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo. Toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario. Deberá atenderse a las condiciones personales del condenado, y a sus intereses y necesidades durante la internación y al momento del egreso. El desempeño del condenado, que pueda resultar relevante respecto de la ejecución de la pena, deberá ser registrado e informado para su evaluación”. Se observa que la primera parte del artículo es idéntica al anterior perteneciente a la ley 24.660. Se agrega un último párrafo que dice: “El desempeño del condenado, que pueda resultar relevante respecto de la ejecución de la pena, deberá ser registrado e informado para su evaluación”.

Este artículo divide en dos las obligaciones que se deben acatar por el condenado de manera obligatoria, siendo las mismas las que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo, de las que no lo son.

La última frase: “El desempeño del condenado, que pueda resultar relevante respecto de la ejecución de la pena, deberá ser registrado e informado para su evaluación.” El término “relevante” denota ambigüedad y la evaluación y consideración respecto del “desempeño relevante” queda al arbitrio de los operadores del Servicio Penitenciario. Se puede confundir el objetivo propio de la pena con los objetivos del periodo de tratamiento.

2.3.2 Características del régimen progresivo.

El art. 6° ha quedado diseñado de la siguiente forma: “El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina. Las acciones a adoptar para su desarrollo deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno. La ausencia de ello será un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda”. La primera parte del artículo no ha recibido cambios y se agrega un último párrafo que dice: “Las acciones a adoptar para su desarrollo deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno. La ausencia de ello será un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda”. El artículo citado, marca cual es la base fundamental del proceso que debe afrontar el condenado, siempre en busca del objetivo final de la pena que es siempre, la reinserción del condenado.

A su vez en el artículo 12 se establece que el régimen penitenciario contiene cuatro periodos – observación, tratamiento, prueba y libertad condicional – los cuales representan elementos de evaluación para que los internos lleguen a experimentar situaciones menos rigurosas del encierro con lo que se pueden alcanzar las salidas periódicas contempladas en el art. 16, previo a la concesión de la libertad condicional (art. 28 y 13 del C.P.) o la libertad asistida (art. 54 del C.P.)

El periodo de observación lo encontramos en el artículo 13 y se lo define como el estudio médico-psicológico-social del interno, y en la formulación de un diagnóstico y pronóstico criminológico. Básicamente es un periodo que comienza a los 30 días de la recepción de la sentencia en el que deberá realizarse la evaluación del delincuente y

programar distintos caminos a seguir para proyectar y desarrollar el tratamiento siempre con la cooperación del condenado.

El periodo de tratamiento se ubica en el artículo, 14 en el que se ha fraccionado la pena en fases denominadas socialización, consolidación y confianza social.

“La socialización consistente en la aplicación intensiva del programa de tratamiento propuesto por el organismo técnico-criminológico tendiente a consolidar y promover los factores positivos de la personalidad del interno y a modificar o disminuir sus aspectos disvaliosos”.

La segunda fase denominada consolidación, “se iniciará una vez que el interno haya alcanzado los objetivos fijados en el programa de tratamiento para la fase 1. Consiste en la incorporación del interno a un régimen intermedio conforme a su evolución en dicho tratamiento, en el que tendrá lugar una supervisión atenuada que permita verificar la cotidiana aceptación de pautas y normas sociales y la posibilidad de asignarle labores o actividades con menores medidas de contralor.” A su vez agrega después una serie de requisitos que debe haber alcanzado el sujeto, como por ejemplo, “Estar cumpliendo las actividades educativas y las de capacitación y formación laboral indicadas en su programa de tratamiento.” El art 14 bis expresa: “El ingreso a las diversas fases aludidas en el artículo precedente, deberá ser propuesto por el organismo técnico-criminológico. El Consejo Correccional, previa evaluación de dicha propuesta, emitirá dictamen por escrito. Producido el dictamen, el director del establecimiento deberá resolver en forma fundada.” Según esta disposición agregada a la ley, el ingreso a las distintas fases queda supeditado a la evaluación del organismo técnico-criminológico y el consejo correccional evaluará la propuesta y posteriormente emitirá un dictamen el que pasará al director del establecimiento para su resolución fundada. Todo este trámite implica que las decisiones que tomen al respecto se concentran en el director del establecimiento y que el juez y el organismo técnico-criminológico sólo son informados de las decisiones que toma aquel funcionario administrativo.

En último término la fase 3 del artículo 14, dice sobre la confianza, que “consiste en otorgar al interno una creciente facultad de autodeterminación a fin de evaluar la medida en que internaliza los valores esenciales para una adecuada convivencia social, conforme a la ejecución del programa de tratamiento”. Para ello se exige entre otras características la buena conducta del interno y haber aprobado la fase 2.

El art. 15 regula el periodo de prueba y dice, “El periodo de prueba consistirá en el empleo sistemático de métodos de autogobierno y comprenderá sucesivamente: a) La incorporación del condenado a un establecimiento abierto, semiabierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento (...)”. Para ello continua exigiendo distintos requisitos, como la aprobación que derive del cumplimiento de los periodos de observación y tratamiento, a ver cumplido plazos de ejecución de pena según el tipo de condena impuesta, no tener otras causas abiertas y poseer conducta y concepto ejemplar.

En este momento se acentúa la autodisciplina y evolución del condenado, evaluando así por ejemplo su buena conducta. Comienza a poder acceder a momentos de semi-libertad en el caso de acceder a salidas transitorias, mediante la que se podrá seguir evaluando su autodeterminación en un medio social, en el que el sujeto dejará de estar vigilado y se acentúa la finalidad de reinserción del sujeto.

Con respecto a la Libertad Condicional, modifica el Art. 28 de la ley 24.660, estableciendo que el juez de ejecución o juez competente “podrá” conceder dicho beneficio, cuando el condenado reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico, del consejo correccional y director del establecimiento que pronostiquen en forma individualizada su reinserción social y siempre que no se trate de condenados por los delitos comprendidos y enumerados en el artículo 56 bis. En igual forma, la reforma establece que en los casos de personas condenas por delitos previstos en los Arts. 128, 3º párrafo, 129, 2º párrafo y 131 del C.P., antes de adoptar decisión alguna, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escucharlo si desea hacer alguna manifestación.

La finalidad de la ejecución de la pena de encierro, es la reinserción social de la persona condenada y a esos fines, el Régimen Penitenciario debe ofertar a la misma un tratamiento técnico interdisciplinario, que como ya vimos se lleva a cabo con la interacción de médicos, psicólogos, forenses, personal administrativo, y judicial entre otros.

“La resocialización, como Principio Rector del Sistema Penitenciario, impone que con la ejecución de la pena privativa de la libertad se persigan fines de prevención especial, postura asumida por la moderna doctrina penitenciaria que considera que la misma se circunscribe a que el penado respete la ley penal y que se abstenga de cometer delitos en

el futuro” (Rubén E. Figari y otros, S/D). El servicio carcelario, para garantizar condiciones mínimas de organización, seguridad y disciplina, se basa como ya vimos en la progresividad, siendo la libertad condicional la última etapa del régimen penitenciario, que es negada al reincidente y que implica el egreso del condenado del establecimiento penitenciario, gozando una suerte de “libertad bajo condiciones”, en razón de las normas de conducta y restricciones que debe cumplir para su conservación, las cuales regirán hasta el cumplimiento total de la pena en busca de la reinserción del sujeto.

2.3.3 *Artículo 56*

Mediante la modificación del artículo 56 bis se amplió la nómina de delitos que impedirán al condenado gozar de los beneficios del período de prueba. En idéntico sentido, se modificó el artículo 14 del CP.

Al momento del debate parlamentario, el legislador Federico Pinedo, expuso que: “...se trata de un proyecto que busca evitar que se deje en libertad anticipada a determinados delincuentes condenados por “delitos graves” (...) El proyecto que estamos considerando trata sobre los mecanismos de resocialización. Las salidas anticipadas y otros mecanismos de tratamiento de los reclusos deberían tender a la resocialización de los condenados y a su reinserción en una vida pacífica en sociedad. Pero esas leyes no pueden estar pensadas para la reinserción de delincuentes peligrosos que pueden volver a cometer delitos contra la sociedad (...) Parece bastante razonable que delincuentes de extrema peligrosidad cumplan sus condenas efectivamente en lugar de hacerlo por la mitad de su tiempo, accediendo a mecanismos que les permitan circular libremente” (José Luis Alvero, S/D). Luego de debatir intensamente, se incorporaron por los artículos 56 bis de la ley y 14 del CP los siguientes delitos, a cuyos autores no podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba: los homicidios agravados previstos en el Art. 80 del CP (en todos sus incisos); los delitos contra la integridad sexual previstos en los Arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 -1º- y 130 del CP; la tortura seguida de muerte; el narcotráfico, la trata de personas, el robo con arma en banda y en despoblado, la financiación del terrorismo, el contrabando agravado y el agravante previsto por el artículo 41 quinqués del CP para los delitos que sean cometidos con el fin de aterrorizar a la población u obligar a las

autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional, a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

Hay que destacar que la norma en la anterior redacción ya fue cuestionada por la vulneración aparente del principio rector de la ley de Ejecución Penal, siendo el mismo la resocialización del sujeto, y basándose por ejemplo en las características del sujeto, que traería aparejada la aplicación de un Derecho Penal de Autor. Al respecto fueron distintos los fundamentos para sostener las posturas adoptadas, en la jurisprudencia podemos encontrar términos como “(...) el legislador, al seleccionar, ha tenido en cuenta razones de política criminal que ameritaron la restricción de beneficios respecto de determinados delitos cuya agresividad, gravedad y magnitud atentan contra la sociedad, y no lo hizo de modo arbitrario. En este sentido, negó que exista un Derecho Penal de autor pues no se aplica esta restricción por lo que es, sino por lo que hizo” (García Crippa, 2012).

Por su parte, la minoría en la misma causa, expuso que “el Art. 56 bis de la Ley 24.660 incurre en una inconstitucionalidad manifiesta, pues priva del régimen a los condenados por ciertos delitos, lo que importaría cercenar la propuesta de resocialización que debe ofrecer el Estado de Derecho a los presos, siendo ello, discriminante ya que, si se desea, el régimen debe recaer para todos los delitos y condenados, de modo de no afectar el principio de igualdad. El negarle la posibilidad a un condenado de lograr la libertad, cuando ha reunido las condiciones para ello, en razón de que ha cometido un delito concreto, constituye un obstáculo que atenta contra el principio de igualdad y resocialización” (Ríos, 2012).

“A los fines de superar las críticas vertidas al anterior Art. 56 bis de la Ley 24.660 y planteos de inconstitucionalidad que se verificaron en la práctica, el legislador, incorporó el Art. 56 quater, consagrando la figura del “Régimen Preparatorio para la Liberación, (...) Consagrando que los 3 primeros meses se dedicaran a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, luego se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de 6 meses, para finalmente, en los últimos 3 meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión. Estableciendo expresamente que en todos los casos, las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las 12 horas (...)” (José Luis Alvero, S/D).

Esta ley elimina el régimen de progresividad de la Ejecución Penal para gran parte de los condenados, mediante la imposibilidad para los acusados de determinados delitos, de acceder a salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, y libertad asistida. Es importante destacar que esta misma prohibición va en contra de la idea de resocialización y reinserción social contenidos dentro de la misma normativa.

Es aquí, una muestra de que la única manera que encuentra el Estado para satisfacer su ideal de resocialización a la hora de ejecutar una pena, es siempre agravándola, tanto para los casos de reincidencias o también para el caso de condenados por delitos considerados como graves.

CAPITULO III: PRINCIPIO NE BIS IN IDEM.

SUMARIO: 1. Principio Ne bis in ídem; 2. Origen Histórico; 2.1. Los Antecedentes Griegos; 2.2 Derecho Romano; 2.3 Antecedentes Contemporáneos; 3 Caracteres Y Alcances; 4 Requisitos.

1. PRINCIPIO “NE BIS IN IDEM”

Previo a abordar su significado, resulta necesario realizar un desarrollo de la raíz etimológica de la frase. Si bien es común encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia el uso del aforismo “Non bis in ídem” o “Ne bis in ídem” para hacer referencia a aquél. Lo correcto a la hora de expresar la idea buscada, sería usar el término “Ne”, “toda vez que en latín el adverbio de negación simple “Non” es utilizado para negar un hecho real, mientras que “Ne” se emplea para aludir a las prohibiciones” (Valeria L. Anselmino, S/D).

Ahora bien, la frase citada suele ser usada como una manera de expresar “no dos veces sobre lo mismo” (Cabanellas, 1992). De León Villalba, califica el “Ne bis in ídem”, “como un criterio de interpretación o solución a constante conflicto entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya cumplido no debe volverse a cumplir” (De León Villalba, 1998, p.76). Por último, algunos la entienden como una prohibición de la doble sanción siempre que haya identidades de sujeto, hecho y fundamento.

En efecto, cualquiera sea la definición adoptada, el “Ne bis in ídem” se basa afirmar que toda persona posee una protección constitucional contra el intento por parte del Estado de ser perseguida penalmente más de una vez por el mismo hecho, a pesar de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión.

2. ORIGEN HISTORICO

2.1 *Los antecedentes griegos.*

A la hora de comenzar a buscar los orígenes de la prohibición de “NE bis in ídem” siempre se ha contado con la posibilidad de que encuentre en el Derecho griego uno de los pilares para su motivación. Por ejemplo en alguna obra de DEMÓSTENES, retórico griego del siglo IV A.C.29, se han hecho algunas observaciones que llaman un poco la atención. Por ejemplo, desde algún punto de vista se puede ver que esta prohibición aparece tomada de la Constitución de Atenas. Cuando en un discurso escrito se censura a Leptino. Aquí Demóstenes se presenta como abogado de unos sucesores de unos

sujetos que habían sido beneficiados con exenciones fiscales. Dicha exención corría peligro, porque Leptino, había dictado una ley que privaba de esa exención a los sucesores. Entonces Demóstenes, siendo el abogado defensor, realiza una defensa y la fundamenta como: las leyes no permiten que sea(n) dos veces contra el mismo por los mismos (Muñoz Clares José, 2006). No podemos dudar que la semejanza de dicha frase, tiene un parecido extraordinario con el principio en cuestión.

Involucrándose más aun en el tema planteado, al parecer Demóstenes habría insistido en el mismo escrito “Sabéis sin duda que por cada crimen público, por grave que sea, la ley no establece más que una pena. Dice [la ley] expresamente: ‘En todo juicio, no será impuesta más que una pena, corporal o pecuniaria, a elección del tribunal; la acumulación está prohibida”. Con esta expresión se deja claro que se prohíbe rotundamente aplicar una doble sanción. Pero viéndolo desde otra perspectiva también estaría prohibida la aplicación de sanciones conjuntas, ya que dice “más de una pena corporal o pecuniaria”, y esto es algo que se da bastante a menudo en nuestro ordenamiento, como pueden ser penas privativas de la libertad y sanciones pecuniarias.

2.2 *Derecho romano.*

El principio el cual estamos analizando parece ser una simplificación y evolución de la frase doctrinal, “bis de eadem re ne sit actio” (que la acción no sea dos veces por la misma causa). La oración completa que se adjudica a Quintiliano es: “Solet et illiud quaeri, quo referatur, quod scriptum est: “bis de eadem re ne sit actio”: id est, hoc “bis” ad actorem an actionem”. Una traducción que se le aproxima, puede ser: “También se suele preguntar, para establecer la cuestión, sobre lo que está escrito: “que la acción no sea dos veces por la misma causa” si este “dos veces” se refiere a las partes o a la acción”.

Al fin y al cabo, lo que estaría queriendo decir es que existe una norma que restringe la posibilidad de que se reiteren procesos contra una persona. Si bien en dicha obra no figura ninguna explicación de los orígenes, ni tampoco ninguna cita determinada se desprende que era una norma que estaba vigente en dicho momento.

Siguiendo los lineamientos expresados, si bien en el Derecho griego puede llegar a aparecer algún tipo de antecedente sobre este principio, no hay que descartar que fue el

Derecho romano el que le ha otorgado el mayor antecedente, creándolo y popularizándolo a través de una corriente normativa clásica tan importante como fue el Corpus Iuris Civilis. Lo contiene en el “D.50.17.57 Digesto, Libro 50, capítulo 17, línea 57 que a juicio de Ulpiano refiriéndose al Pretor dirá: “bona fides non patitur, ut bis idem exigatur” cuya traducción es “la buena fe no consiente que se exija dos veces la misma cosa” (Francisco Gomez Valdez, S/D).

Si bien no es posible determinar cuál fue el momento exacto de su surgimiento, hay que limitarse simplemente a destacar el desenvolvimiento y alcances de las normas jurídicas que fueron dando origen a sus caracteres.

2.3 Antecedentes contemporáneos.

Ya en la Revolución Francesa este principio empieza a tener cabida en el orden del Derecho escrito. En ella se formuló por primera vez la frase “Non bis in idem”, para tener en cuenta de esa manera a la cosa juzgada, que hace alusión al efecto que posee una sentencia judicial firme, la cual hace el efecto de que no sea posible iniciar un nuevo proceso sobre el mismo objeto. Esta idea fue incorporada en el Art. 9 de la Sección III, Capítulo V, de la Constitución de 1791 “Todo hombre absuelto por un jurado no puede ser citado ni acusado en razón del mismo hecho”.

Este antecedente Francés se volvió a repetir en los Estados Unidos de América y dentro de los derechos de los ciudadanos “Bill of rights”.

Cuando se proyectó la V Enmienda James Madison tuvo en cuenta que nadie sería sujeto a más de una condena o juicio por el mismo hecho, dejando como única excepción los casos de juicio político. Esto nos deja en claro que en los casos de juicio político no se puede aplicar la regla “Ne bis in idem”. Dicha regla fue incorporada a la Constitución mediante la V Enmienda, en estos términos: “No se pondrá a ninguna persona dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito”.

Si bien pudieron haber aparecido algunos antecedentes de la garantía, que no he destacado, en lo que llamamos Derecho canónico, para hacer alusión al periodo que comenzó una vez caído el imperio romano, estas fueron de las primeras apariciones del

principio limitativo del poder estatal en las corrientes modernas del Derecho Constitucional como lo conocemos hoy en día.

3. CARACTERISTICAS Y ALCANCES

Llevando adelante un análisis del término, se desprende que es una oración imperativa o exhortativa, donde alguien estaría indicando de manera clara y concisa algo que no debe dejarse de lado, sin posibilidad de que sea desoída por los destinatarios.

Es como si el locutor estaría dando una tarea, la cual no puede obviarse bajo ningún punto de vista.

El conjunto de todas las garantías que protegen a una persona, la cual es imputada de un delito determinado se completan con el principio que hasta aquí se llamo “Ne bis in ídem”, principio el cual proclama que el Estado no puede hacer sufrir más de un proceso a un sujeto, ya sea en forma sucesiva o simultánea.

Esto quiere decir que una persona no debe soportar una doble condena, como tampoco puede correr el riesgo de sufrirla. Sin embargo, si puede ser sometida a un nuevo proceso en el que se evalúe la condena anterior si es en su beneficio y fuere admisible revocarla y obtener una absolución.

Por esto se deriva, que lo inadmisibles no es el doble proceso, sino la doble condena o el riesgo de afrontarla.

Esta garantía constitucional, es diferente a todas las demás. En efecto, todas las demás garantías están orientadas al proceso en sí, en como el Estado debe llevar a cabo su accionar y cuáles son los beneficios que poseen los imputados. Ésta, en cambio está destinada a dejar en claro que la intervención estatal solo puede ponerse en marcha una sola vez por un mismo hecho en procura de una condena.

Esto es también porque un sujeto no puede estar viviendo en constante peligro de sufrir una persecución penal en un Estado de Derecho.

Si bien nuestra Constitución Nacional no hace mención a esta garantía, muchos son los que creen que la misma se deriva de manera clara del artículo 33 de la misma, “las declaraciones, Derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros Derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Y así se lo ha reconocido como una de las garantías no enumeradas, que surgen del sistema republicano de gobierno y del Estado de Derecho.

Pero hay que dejar en claro que con la reforma de nuestra carta magna en el año 1994, otorgándole rango constitucional a los tratados internacionales, dicha garantía se encuentra incluida en la misma.

Cuando se hace referencia a este Derecho, hay que destacar que posee dos alcances o dos formas distintas de aplicarse.

Por un lado tiene una vertiente sustantiva (prohibición de doble punición) y una adjetiva o procesal (prohibición de doble persecución penal). De ambas se derivan una serie de incidencias o implicancias.

- a) “Incidencias en el plano sustantivo: esta fórmula se refiere a la reacción penal material (condena, pena o castigo). Su consecuencia más importante es la carencia de reparos jurídicos para admitir la revisión de una sentencia firme, aun en contra del imputado absuelto o del condenado por un hecho punible menos grave o a una pena más leve que la correspondiente y, en general, para concebir el recurso del acusador contra la sentencia. Lo único que garantiza es que una persona no sufra la reacción penal más de una vez.
- b) Incidencias en el plano procesal: en este segundo aspecto, el “ne bis in ídem” impide la persecución penal y se extiende como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal. Por esa razón, cubre el riesgo de una persecución penal renovada cuando feneció una anterior o aun está en trámite. El principal efecto de la regla así concebida consiste en impedir absolutamente toda posibilidad de establecer el recurso de revisión en contra del imputado absuelto o del condenado por un delito más leve. Por lo demás, es claro que la fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal, declarando

inadmisible tanto el regreso sobre la persecución penal ya agotada, como la persecución penal simultánea ante distintas autoridades” (Valeria L. Anselmino, S/D).

4. REQUISITOS

Al aplicar este principio han surgido distintos inconvenientes, tanto en cuanto a sus excepciones como también a la hora de enfocarse a los requisitos que exige dicha garantía.

La doctrina es unánime a la hora de exigir tres elementos o requisitos que no pueden faltar. Como es de esperar, debe ser la misma persona perseguida “*eadem personae*”, el mismo objeto de persecución “*eadem res*” y la misma causa de persecución “*eadem causa petendi*”.

a) Identidad personal: Se refiere a la persona, que pudo haber sido absuelta o condenada, o también que se encuentra bajo un proceso penal, y a la cual se le imputa ese mismo hecho, sucesiva o simultáneamente, debe ser la misma. El principio ampara a aquel sujeto que está corriendo el peligro de ser sometido nuevamente a un proceso penal en su contra, y no así a cualquier otro sujeto que haya participado o no. Tal vez, este primer carácter sea el que menos inconvenientes nos traiga a la hora de definirlo. Es decir que debe tratarse de la misma persona. En definitiva es un problema que se basa en la identificación del sujeto para determinar si es el mismo o no. Es una garantía personal, es en favor de un sujeto determinado.

Se ha discutido en la doctrina, si la desestimación de una denuncia, que puede darse sin estar el sujeto identificado, pueden o no causar un efecto erga omnes. Y la realidad es que una desestimación, no produce ningún tipo de efecto de este tipo, ya que lo único que sucede en este caso es que se deja de lado una denuncia por no reunir algunos requisitos, que si se modifican podría ser aceptada.

b) Identidad objetiva: Conforme a los criterios desarrollados en el Derecho Penal. Aquí se daría una identidad de hecho y, por ende, la prohibición de “Ne bis in ídem.

Lo primero que se debe indicar cuándo se hace alusión a los hechos, es que son en un principio, hipótesis. El Derecho Penal siempre se funda en hipótesis fácticas con significado jurídico. Debe existir una identidad entre las hipótesis que dan origen a la cuestión penal en trámite. Si los hechos son los mismos, se activa la garantía del Non bis in ídem.

Se da una excepción por ejemplo en los casos en que un mismo hecho puede encuadrar en un delito de acción pública y también en un delito de acción privada. En este caso sería imposible acumular las acciones, y se llevarían a cabo dos procesos de manera simultánea. Pero para resolver este problema existe un remedio procesal que permite dictar una sola condena o unificar penas.

No se puede decir que esto se encuentre relacionado con distinta causa petendi, ya que en ambos casos lo que se persigue es una sanción.

Existen algunos casos que son más claros, y son los casos del concurso de delitos. Si una conducta encuadra en varios tipos penales, no por ello pasa a ser más de un delito, en tanto que cuando hay varias conductas, habrá distintos delitos. Y es por ello que nuestro código regula la situación en la que varios delitos (varias conductas) se juntan en un mismo proceso y pena, a esto se lo llama concurso real, y por otro lado regula también la posibilidad de que un delito (una conducta) encuadre en distintas calificaciones penales y a esto lo llama concurso ideal.

En el caso del concurso real, lo que predomina es el principio de aspersion en el que es necesario agravar la pena que puede sufrir quien comete la suma de los delitos, ya que no es una sola conducta la realizada y por ende se aplica como tope a la escala de pena que se puede poner, la suma de todos los máximos para cada tipo. En cambio en el concurso ideal, lo que se suman son los tipos penales, a una sola conducta realizada por el sujeto, es por ello que predomina el principio de absorción y se impone solo la pena mayor.

Bien hasta aquí el problema estaría resuelto para cuando hay una conducta, es decir un movimiento (por ejemplo pegar un puñetazo que lesiona a varias personas), pero el problema surge cuando hay varios movimientos exteriores voluntarios. Para que esos

varios movimientos exteriores puedan ser considerados como una conducta única, requieren necesariamente que haya un plan común, es decir una unidad de resolución. No obstante, la unidad de resolución el plan común es necesario para que se considere a todos los movimientos voluntarios como una conducta, pero no es suficiente. Un sujeto puede resolver simultáneamente asaltar diez comercios diferentes en diez meses sucesivos y también cometer dos homicidios, sin que por ello deba considerarse todo como una conducta. El plan común constituye el factor final indispensable para considerar a una pluralidad de movimientos voluntarios como una conducta, pero no es suficiente.

Es necesario que haya un factor normativo que la convierta en una unidad de desvalor (Zaffaroni, 1991).

c) La identidad de fundamento o causal: Implica que las medidas sancionadoras no pueden concurrir si responden a una misma naturaleza, es decir, si participan de una misma fundamentación teleológica. Si los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho resultan heterogéneos existirá diversidad de fundamento, y cabrá el doble castigo de lo mismo.

CAPITULO IV “REINCIDENCIA”

SUMARIO: 1. Reincidencia; 2. Derecho Penal de Acto vs Derecho Penal de Autor; 3. Caracteres; 4. Multireincidencia; 5. Nociones Generales; 6. Fundamentos que Avalan el Instituto; 6.1 Mayor peligrosidad del autor; 6.2 La teoría psicológica de la culpabilidad; 6.3 Teoría de la justificación por vía de la doble lesión; 6.4 Insuficiencia relativa de la pena ordinaria.; 7. Clasificación de la Reincidencia; 7.1. Genérica y Específica; 7.2 Reincidencia Real y Ficta; 8. Evolución Histórica en Argentina; 8.1 El Código Tejedor de 1964; 8.2 Proyecto Villegas- Ugarriza- García, de 1881; 8.3 El Código Penal de 1886; 8.4 Proyecto de 1891; 8.5 Los Proyectos de 1917; 8.6 Código de 1921; 8.7 Proyectos 1922-1983; 8.8 Reforma de la ley 23.057 de 1984; 9. Afectación del Principio Ne bis in ídem

1. REINCIDENCIA

Para comenzar a hablar del instituto de la reincidencia, se debe dejar en claro que el mismo se encuentra dentro del Derecho Penal, y por ende debe subordinarse a todos los principios que lo integran para gozar de legitimidad y poder así ser una herramienta con fundamento sustentable dentro del orden normativo.

Si se busca su definición en la letra del Diccionario de la Real Academia Española, se puede ver que se la define como la “Reiteración de una misma culpa o defecto” y además como “Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa”.

Algunos autores como lo son, Raúl Eugenio Zaffaroni, y Benjamín Sal Llargués establecen que, básicamente, se define a la reincidencia como la recaída en el delito (dentro de un periodo relativo de tiempo) tras una sentencia condenatoria (Zaffaroni y Llargués, 2007) .

Con la escasa definición que se puede obtener del Diccionario de la Real Academia Española, no es suficiente para sentirse resueltos a la hora de definir el instituto en cuestión, ya que es verdad que reincidir, es volver a estar sumergido nuevamente en una cuestión, siendo lo que importa en esta materia, un delito.

Pero desde este punto de vista, quien incurre nuevamente en más de un hecho delictuoso y es juzgado en un mismo momento no es reincidente, sino como ya vimos, se aplica la figura del concurso real, “En la reincidencia, el autor comete el segundo delito o los sucesivos delitos habiendo sido ya, al menos, condenado por uno o varios hechos anteriores. Varios hechos pueden ser motivo de la primera condena y varios, también, de la segunda, que son indispensables para que un sujeto sea declarado reincidente” (Fontana, 1998).

Por otro lado el Dr. Santiago Mir Puig define a la reincidencia diciendo que, constituye la “comisión de una infracción penal por parte de quien, con anterioridad a la misma, ha sido condenado por otra infracción penal” (Mir Puig, 1974, P.7).

Con esto se deja en claro que la reincidencia es un instituto que en el Derecho Penal Argentino, se aplica no siempre que alguien reincide en la comisión de

un delito como podría parecer, sino que tiene algunos requisitos que vamos a seguir aclarando.

2. DERECHO PENAL DE ACTO Vs DERECHO PENAL DE AUTOR

El conjunto normativo que rige en la Argentina, tiene una corriente que concibe al delito como un acto que conlleva una lesión jurídica, que a su vez, es provocada por una conducta humana realizada libremente por un sujeto responsable de sus resultados al que se le puede exigir una manera de actuar, si bien no es sencillo encontrar un fundamento a la legitimidad de la pena, ya que la misma es variable según el reproche que pueda hacerse de la situación determinada, estimarla según la conducta que ha sido llevada a cabo por el sujeto, es una manera mucho más aceptada que la del “Derecho Penal de Autor” en la que se imponen penas básicamente en la función de la personalidad del autor.

En el caso del reincidente, es cierto que denota en el sujeto una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que aquél tuvo ocasión de apreciar no sólo en su formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, sino sobre sí mismo, «en carne propia», y en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera la nueva infracción (Mir Puig, 2011). Se puede considerar que aquel sujeto que habiendo sufrido una pena y reincide en su actitud denota un desprestigio por la sociedad, pero no coincide en que la misma pueda ser considerada como un agravante para la imposición de la próxima pena, no puede aumentar la gravedad atribuible al hecho. Ello no obsta a que pueda reputarse constitucionalmente inconveniente la agravación de pena por reincidir.

Es, en efecto, rechazable que agrave la pena, en un Derecho Penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos (social-externos), una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida, cuando, por otra parte, tal actitud suele ir acompañada por una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) en quien ha pasado por la experiencia carcelaria.

Está claro que el principio constitucional “nullum crimen, nulla poena sine lege” (Ningún delito, ninguna pena sin ley previa) favorece más el desarrollo de un Derecho Penal del Hecho que el de un Derecho Penal de Autor, al describir una acción y penas determinadas, se aparenta más a definir con precisión determinados hechos, y no así a cualidades personales de los sujetos.

La pregunta que uno debe hacerse siempre a la hora de definir un tipo de sistema penal es si debe perseguir, el hecho concreto o personalidad.

Los sistemas penales que persiguen a la personalidad del autor pueden pecar de cometer algunas irregularidades como por ejemplo:

- Ejercer su influencia agravando las penas.
- Ejercer su influencia en la medición de la pena.
- Y todo ello sin olvidarse de las medidas de seguridad como el resultado de la persecución de la personalidad del sujeto.

Siguiendo un correcto análisis de nuestra Constitución Nacional, básicamente del artículo 18 de la misma, que dice “...ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”, partiendo de esta posición se desprender que, se debe bregar por eliminar toda norma que intente perseguir a cualquier sujeto por sus cualidades y no por “el hecho anterior al proceso”, todas estas normas aluden a lo que el sujeto es y no a lo que ha hecho para asignar a lo primero diversas consecuencias.

3. CARACTERES

Ahora bien, para poder establecernos en el tema que nos compete es necesario llevar adelante un análisis del Código Penal Argentino, en donde vamos a encontrar la descripción y los caracteres que se le atribuyen al instituto en cuestión.

En el artículo 50 de nuestro Código Penal se va a encontrar una norma que dice, “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.

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

Al hacer un análisis del mismo se desprende que la reincidencia no es tema tan sencillo y que presenta caracteres propios.

- 1) El dictado de una condena a pena privativa de libertad. El sujeto tuvo que haber sido condenado anteriormente, no es suficiente por ejemplo que haya permanecido en prisión preventiva en algún momento. La pena impuesta debe ser de prisión o reclusión de cumplimiento efectivo.
- 2) La existencia de una condena anterior por un delito, sin que haya transcurrido el plazo del art. 51 del Código Penal; (ya que en dicho artículo se hace alusión a la caducidad de las condenas a todos sus efectos).
- 3) Que esa condena anterior haya impuesto pena privativa de libertad. Y el mismo haya permanecido como “condenado”.
- 4) Que la pena impuesta en esa condena anterior haya sido efectivamente cumplida como tal, aunque sea una parte y por la cual se pueda considerar, legalmente suficiente para contramotivar al condenado y cumplir los

proclamados fines de “reinserción social”. Siendo éste uno de los objetivos de las penas.

5) Que dicha pena anterior no haya sido cumplida por “delitos políticos”, por delitos previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, por delitos amnistiados o cuando ellos fueron cometidos cuando el autor era menor de dieciocho años.

6) Que entre el cumplimiento de la pena anterior y el momento en el que se considera la posible “reincidencia” no se hubiera cumplido el plazo de “prescripción de la reincidencia” (previsto en el art. 50 último párrafo del Código Penal).

Como bien adelantamos éste artículo de la reincidencia, es considerado de diversas formas para agravar la pena que se puede aplicar a un delincuente, en razón de los artículos 40 y 41 del Código Penal, se la tiene en cuenta expresamente a la hora de imponer la pena.

Por otro lado el artículo 14 sentencia de manera clara al decir “La libertad condicional no se concederá a los reincidentes”.

En último lugar, y no por ello menos grave, en el art. 52, se da cabida a la imposición de la llamada reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena cuando la reincidencia fuere múltiple.

4. MULTIREINCIDENCIA

En el artículo 52 aparece una frase que dice, “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...” y continua dando algunas pautas de las condenas anteriores que deben haber pesado sobre el nuevo condenado para que se le pueda aplicar esta reclusión por tiempo indeterminado.

Este artículo 52 no agrava la pena por reincidencia sino que, en el caso de reincidencia múltiple, impone la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, siempre que el reo hubiese cumplido antes de la última condena, las circunstancias que detalla (cuatro condenas a penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años o cinco condenas a penas privativas de libertad, de tres años o menos).

“La pena accesoria del art. 52 resulta violatoria de esa realidad personal del acusado privado de libertad y de sus Derechos, pues en definitiva se lo está juzgando de nuevo por un hecho del que ya recibió y cumplió sanción, afectándose el principio del “Ne bis in idem”, siendo entonces carente de sustento la sola justificación de la sanción por la peligrosidad del delincuente. En igual sentido, es contraria al principio de culpabilidad porque desconoce lo afirmado, tanto en doctrina como en jurisprudencia, de que la Constitución Nacional consagra un Derecho Penal de Acto y no de Autor. Esta pena accesoria, que no guarda ninguna relación con el contenido del injusto ni con la culpabilidad del delito a cuya pena acompaña no sólo es inconstitucional por violar el principio de mínima irracionalidad, sino también por su genealogía antirrepublicana e incompatible con la antropología constitucional, pues no es más que una síntesis de las viejas penas de deportación y de relegación” (Guillermo Alberto Posadas, 2012).

Este artículo en cuestión no solo viola la garantía del “Ne bis in ídem” por valorar dos veces un hecho por el cual el imputado ya pago su deuda con la sociedad, sino que también es violatoria del principio de culpabilidad, y como si fuera poco presenta también carencias a la hora de ser valorada en cuanto al principio de legalidad en la que el sujeto no puede conocer de antemano cual va a ser el tiempo que debe correr para saber cuándo cesará el encarcelamiento que sufrirá.

Es una clara manifestación de Derecho Penal de autor en tanto no retribuye la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que tiende a encerrar a una persona en prisión por un tiempo mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida (Zaffaroni y Sal Llargués, 2007).

5. NOCIONES GENERALES

Los principales efectos del instituto en cuestión, se encuentran regulados por los artículos 14, 41 y 52 del Código Penal. Como ya adelantamos todos los artículos

mencionados generan una agravación de pena para el condenado (al menos esa es la corriente aceptada).

El artículo 52 fue abordado recientemente recibiendo un detallado examen del mismo.

Ahora toca el turno del artículo 14, el mismo se encuentra dedicado a consagrar el impedimento de otorgar la libertad condicional a los reincidentes.

Cuando se hace alusión a libertad condicional, la misma aparece en el artículo 13 del CP. “El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco años de condena, el condenado a reclusión o a prisión por más de tres años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres años o menos, que hubiere cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones...”. Continúa con una serie de requisitos que pueden ser calificados en positivos y negativos, cuyo cumplimiento determina el otorgamiento de la salida más pronta al privado de libertad.

Los primeros van a ser los, requisitos positivos, y se basan en las condiciones que debe presentar el detenido, como lo son: tiempo que lleva cumplido; atención a los reglamentos demostrada en las conductas del mismo y la aprobación de una entrevista con especialistas en la materia de psicología, “esta observancia se refiere a una cuestión ligada a la actitud que el condenado adopta intramuros: responde a un elemento propio y volitivo del interno que excede la mera buena conducta que pueda registrar en la vida carcelaria y comprende una serie de variantes complejas que hacen a la determinación de una mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social”(Ricardo Machado, S/D).

En el otro grupo, se encuentran los requisitos negativos, que aparecen en los artículos 14 y 17 del Cp. Esto quiere decir que no se concederá a los reincidentes y que no se debe haber revocado la libertad condicional otorgada con anterioridad.

Ésta libertad anticipada, es una herramienta que se encuentra a disposición del juez para poder cumplir con el mandato constitucional de la reinserción. Y con esta prohibición se va a confirmar que la finalidad constitucional garantizada por

los pactos internacionales no podrá ser llevada a cabo en la etapa de la ejecución de pena.

Por otro lado, el artículo 41 la contempla como una guía para graduar la próxima pena, "...A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:... las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales...". La mayoría de los autores creen que esa circunstancia puede cumplir el rol de agravar la misma. Aunque nada evitaría que sirva para disminuirla también, ya que en ningún lugar del articulado expresa que debe actuar como circunstancia para aumentarla sino solo para graduarla.

En nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de culpabilidad por el que un sujeto será responsable del hecho típico y antijurídico cometido, cuando se le pueda hacer un juicio de reproche personal.

Con la comprobación de que estamos frente a un sujeto imputable, solo hemos llegado a la conclusión de que ese individuo tiene capacidad de culpa, que es capaz de ser culpable (Balestra, 1998).

Partiendo de este principio de base es donde distintos autores sustentan que en el caso de la reincidencia no siempre es acertado basar el agravio de pena por una mayor culpabilidad del sujeto, "la presunta mayor probabilidad de un nuevo delito o la pretendida mayor perversión de la personalidad del autor, serían efecto de la intervención punitiva anterior, o sea, atribuibles al propio Estado, en tanto que, en lugar de una imaginaria mayor conciencia de la antijuridicidad, en la reincidencia habría por lo general una menor culpabilidad en virtud de la reducción del ámbito de autodeterminación que genera la previa intervención punitiva, por estigmatizante y reductora del espacio social del penado"(Eugenio Raúl Zaffaroni, S/D).

Por otro lado, Vítale sostiene, "no hay pena legítima sin posibilidad del autor de contramotivarse en las normas penales, de lo que se deduce que la pena debe guardar proporción con el grado de contramotivación posible del autor. De este modo, a menor posibilidad de contramotivación en la norma penal le corresponderá una menor reprochabilidad por el hecho cometido"(Gustavo L. Vitale, S/D).

Sin embargo, la idea de que la reincidencia pueda servir para atenuar la pena por la condición que puede presentar el sujeto de ser más proclive a infringir la ley, no es muy coherente con los demás articulados del código que solo se

remiten a agravarla, como el caso de negar la libertad condicional, y aplicar reclusión por tiempo indeterminado.

6. FUNDAMENTOS QUE AVALAN EL INSTITUTO

6.1 *Mayor peligrosidad del autor.*

Dejando de lado el Derecho Penal de garantías. Dicen algunos que si un sujeto recae de manera consecutiva en violaciones a la ley penal, presenta esa cualidad y por ende se transforma en un sujeto peligroso para mantener el orden institucional.

Pero como ya vimos no es fundamento acertado hablar de la peligrosidad para fundamentar la pena, mucho menos para agravarla sin incurrir en el Derecho Penal de Autor.

La idea de peligrosidad aplicada al hombre es contraria a los Derechos Humanos, pues lo reduce a una cosa.

6.2 *La teoría psicológica de la culpabilidad.*

Habría en este caso una decisión del autor de vivir de esta manera y de no importarle la letra de la ley.

Algunos autores refutan esta idea, como por ejemplo Zaffaroni, y dice que esto es consecuencia de una mala ejecución de la pena anterior y habría una “reducción del ámbito de autodeterminación” (Eugenio Raúl Zaffaroni, S/D).

También debe sostenerse que el argumento no es compatible con un concepto descriptivo de culpabilidad.

6.3 *Teoría de la justificación por vía de la doble lesión.*

Muchos han intentado justificar este agravante basándose, en que el aumento de pena deviene de una mayor alarma social producida por el reincidente.

Para fundamentar esta idea dicen que el daño que el delito ocasiona es también social y político, de modo tal que la circunstancia subjetiva de la especial perversidad del agente deviene circunstancia objetiva del delito, lo que hace crecer el temor ante su obstinado desprecio por la ley.

Es por ello que en la reincidencia, no solo se estaría lesionando un bien jurídico, genera también un daño político al fin estabilizador del Derecho. Esto “no responde a la realidad, pues autores de todas las épocas (Carrara, Antolisei) han objetado que el mayor daño político es eventual o es muy poco probable que se produzca, dado que en la mayoría de los casos son sólo los jueces y las policías quienes saben del carácter de reincidente” (Eugenio Raúl Zaffaroni, S/D).

Si bien desde otra mirada Armin Kaufmann, quien estimó que el tipo penal reconoce antepuestas dos normas, una que prohíbe la conducta descripta y otra que impone no incurrir en futuras infracciones. Agrega que lo ilícito del hecho imputado al autor se agrava mediante la peligrosa habitualidad del autor, cuando por medio de él se expresa también lo ilícito de la formación del carácter total. Se trata de dos contrariedades al deber, de la lesión de dos normas distintas (Kaufmann, 1977).

6.4 Insuficiencia relativa de la pena ordinaria.

Para esta tradicional postura, quien ya ha cometido un ilícito y luego vuelve a delinquir, estaría demostrando que la pena en primer medida no fue suficiente para cumplir con los fines resocializadores. Parecería que este criterio fue receptado, al menos en cierta medida, en la reforma de nuestro código penal al introducir la reincidencia real. “La reincidencia debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial” (Benjamín Sal Llargués, S/D), éste fue el mensaje que el presidente de turno remitió al Honorable Congreso de la Nación, el cual constituye el motivo de la última reforma.

De esta manera, le estarían aplicando al sujeto una medida mayor del idéntico tratamiento que no cumplió los fines de manera previa. Desde este punto de vista, al fin y al cabo el Estado es el encargado de la fase resocializadora de la pena, y que al haber fracasado en este punto, no es correcto aumentarla y hacerle asumir toda la responsabilidad al condenado, sino que por ejemplo, podrían adecuarla para que cumpla sus fines.

7. CLASIFICACION DE LA REINCIDENCIA

7.1 Genérica y Específica.

El inconveniente aquí se basa en afirmar si es necesario para que la reincidencia exista, que el delincuente haya recaído nuevamente en cualquier delito o se necesita que sea uno de la misma clase.

Se puede afirmar entonces, que se llama reincidencia genérica, cuando es suficiente que el sujeto haya cometido nuevamente cualquier delito, sin importar cuál fue el tipo del delito cometido con anterioridad, por el cual el sujeto fue condenado. Por otro lado la reincidencia es específica cuando se requiere que el delincuente haya cometido el mismo tipo de delito de manera previa, de la misma calidad.

Algunos autores consideran que ambas reincidencias deben ser tenidas en cuenta, y otros piensan que solo la específica por tener el autor una mayor determinación interna a la comisión de los hechos.

No es tarea para nada fácil determinar con claridad la diferencia entre reincidencia genérica o específica, la cual resulta en cierto punto absurda e ingenua.

Por ejemplo en el código Español, dice que existe cuando el delito anterior y el nuevamente perpetrado se hallan en el mismo título del código. Seguir este criterio es absurdo, pues a menudo hay delitos de tipo íntimamente parejo que no están en el mismo título del código, y otras muchas veces infracciones contenidas en el mismo título tienen móviles tan distintos, que realmente no podría hablarse de la permanencia del mismo impulso criminoso, del cual es signo la reincidencia específica. Por tanto, dos soluciones se presentan para fijar el criterio de la homogeneidad de los delitos: a) *identidad absoluta*, que implica igualdad en los delitos, y b) *identidad relativa*, que indica igualdad en el impulso criminoso, en el móvil, que en el Derecho Penal moderno tiene enorme importancia, y generalmente se exterioriza en la comisión de un delito de la misma especie, pero a veces podrá referirse a figuras delictivas totalmente distintas. (Jimenez de Asua, 1997)

Muchos doctrinarios del tema consideran que esto debe ser dejado para que los jueces decidan con total libertad, y algunos creen que debe establecerse una lista, mediante la cual se pueda establecer si fue genérica o no la reincidencia. Que contenga por ejemplo cuales son los motivos que han movilizado al delincuente.

Lo más acertado parece que el requisito que se exige, por un lado, sea que la conducta llevada a cabo lesione bienes jurídicos similares y, por el otro, que el autor lo haga con medios que expresan una misma tendencia criminológica.

Lo cierto es que nuestro código recepta un sistema de reincidencia genérica o impropia, para la cual basta con que el delincuente haya cumplido ya total o parcialmente una condena anterior a pena privativa de la libertad, y por lo tanto no es necesario realizar tal elección en base a la diferenciación de los delitos cometidos con anterioridad.

7.2 Reincidencia Real y Ficta.

Cuando se habla de reincidencia real, se hace alusión a un requisito que se requiere para que la misma exista, y es que el delincuente, haya cumplido total o parcialmente una pena privativa de la libertad.

“Para este régimen, no sería suficiente para la declaración de reincidencia la existencia de una condena condicional anterior, pues en ella, por definición, no hay cumplimiento de pena alguno. Tampoco daría lugar a reincidencia, en la regulación actual, la registración de una condena computable anterior a pena privativa de libertad en la cual el condenado no hubiera cumplido verdaderamente pena privativa de libertad, sino que simplemente dicha pena se le hubiera dado por cumplida con el tiempo de “prisión sin condena” sufrido.

Pues si la comisión de un segundo delito agrava la pena, es porque los medios que le ha brindado el Estado en ese momento de encierro no le han sido suficientes” (Gustavo L. Vitale, S/D).

Lo de la prisión preventiva es obvio porque la misma, no presenta ninguna característica en los hechos, que la ubiquen como un medio socialmente útil para resocializar al delincuente, y por lo tanto no se puede predicar una insuficiencia de la función preventivo especial de la “pena”, que en verdad es una medida cautelar. “El encierro cautelar de una persona no puede considerarse como cumplimiento de pena a los fines de la reincidencia a partir del fallo “MANNINI” de la CSJN donde se ha expedido al respecto y al fallo “BARÓN” de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, entre otros” (Anabela Antegiovanni, S/D).

Por otro lado la reincidencia es ficta o formal, cuando se la define como en la antigua interpretación, es suficiente haber recibido una condena anterior de manera previa a la comisión de otro delito, no importaba aquí si el sujeto había cumplido o no efectivamente algún tiempo en prisión.

Para este sistema si el sujeto había recibido una condena por un delito que como ya vimos puede ser idéntico o no al nuevo, dependiendo de qué corriente sigan, si la genérica o específica, y vuelve a delinquir será tratado como reincidente. No importa si había recibido tratamiento carcelario o no.

8. EVOLUCION HISTORICA EN ARGENTINA

8.1 *El Código Tejedor de 1864.*

En el mes de diciembre del año 1864 el Poder Ejecutivo de la Nación designó por decreto a Carlos Tejedor para redactar el primer proyecto de Código Penal, el cual fue elevado al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, el 30 de diciembre del año siguiente.

Este proyecto recoge muchas ideas del Código Penal de Baviera de 1813, obra que se atribuye a Paul Johann Anselm Von Feuerbach, recibe también aportes de la doctrina tanto española como francesa.

En el título V de la sección II del libro I" de la agravación legal de la pena", señalaba que: "Los motivos generales de aumentar la pena son la reiteración y la reincidencia. Tales motivos permitían a los tribunales aplicar una pena mayor que el máximo previsto para la infracción."

Este sistema de reincidencia presentaba algunas características:

- 1- Por un lado, tenía una prescripción de 10 años desde su cumplimiento.
- 2- Se limitaba solo a los delitos dolosos.

El artículo 179 decía, "El que después de sufrir una pena cometa nueva y voluntariamente dentro de los diez años siguientes un crimen de la misma especie, será considerado reincidente, y castigado con una pena mayor que la legal de la primera infracción, aumentándola en los términos siguientes". Con ello acentuaba la característica de reincidencia específica.

No era claro si constituía un sistema de reincidencia real o ficta, pero la mayoría de los doctrinarios del momento establecían que se trataba de una reincidencia ficta.

Una norma interesante del código se podía ver en el artículo 10, que receptaba la idea preventiva de la pena y decía que “Todo condenado por crimen o delito después de sufrir su pena, debe ser instruido de una manera precisa de las consecuencias”.

8.2 Proyecto Villegas- Ugarriza- García, de 1881.

Esta idea de código mantenía la idea de reincidencia específica y establecía en el artículo 100, "A todo el que después de haber sido condenado cometa un delito igual o menor por el cual fue penado, se le impondrá el máximo de pena señalada para ese hecho.”

Continuaba en el artículo 101 y decía que, si la aplicación del máximo ya era ordenada por otra circunstancia, la pena pasara al grado inmediato mayor.

8.3 El Código Penal de 1886.

El primer Código Penal para la Nación (Ley 1920 – 07-12-1886) fue sancionado por el Congreso sobre la base del proyecto de Tejedor y entró a regir el 1 de febrero de 1887.

Tenía normas como el Artículo 84 inciso 19 y 20 que consideraban como agravante de algún delito, “haber sido el culpable castigado anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena” haciendo alusión a la reincidencia genérica y también “ser reincidentes de delitos de la misma especie”, como forma de agravar también en casos de reincidencia específica.

8.4 Proyecto de 1891.

El 7 de junio de 1890, el Poder Ejecutivo Nacional comisionó a Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo para proyectar la reforma del Código. El Proyecto, presentado en junio de 1891.

Este proyecto fue el primero que le asignó un título especial a la reincidencia en el libro VII título primero. En su art. 84 establecía “Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme, aunque haya mediado indulto o conmutación, cometa un nuevo hecho punible de cualquier naturaleza que fuere. No se contarán para los efectos de la reincidencia los delitos amnistiados”.

8.5 Los Proyectos de 1917.

Se mantiene la reincidencia genérica y ficta. Se impulsó el reconocimiento de la condena extranjera y se establece la prescripción del antecedente pero en los mismos términos de la prescripción de la pena.

En los fundamentos, se podían encontrar corrientes que la creían justa por que aumentaban la temibilidad del sujeto.

8.6 Código de 1921.

En el art. 50. El mismo establecía que: “Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme, a una pena privativa de la libertad, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito, aunque hubiere mediado indulto o conmutación. 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. A los efectos de la reincidencia no se tomaran en cuenta los delitos militares ni políticos ni los amnistiados”.

Con esto y lo ya estudiado se puede hacer un análisis y determinar que tiene rasgos de ser una reincidencia genérica y ficta, ya que puede haber cumplido o no el tiempo en prisión.

El artículo 14 ya disponía que, la libertad condicional no se concederá a los reincidentes.

8.7 Proyectos 1922-1983.

Fueron muchos los proyectos presentados en este lapso, uno de ellos fue, redactado por el doctor Sebastián Soler cumpliendo encargo que se le confirió por Decreto número 7.292 -de 13 de octubre de 1958. Se trata de uno de los trabajos de reforma más importantes de los aparecidos en los últimos años.

Limitaba la reincidencia a los delitos dolosos. En tanto que la escala penal se agravaba de un tercio del mínimo y del máximo respectivamente. La reincidencia no operaba cuando entre el hecho anterior y el siguiente hubieran transcurrido más de cinco años, término que no se computaba el cumplimiento de la pena o del periodo de prueba.

Proyecto de 1976, es cuando se comienza a hablar de que el endurecimiento de la pena que se pueda imponer, seguía resultando ineficaz. Por esta misma cuestión creían que debía estar más relacionada con fines sociales, es decir que al sujeto le sirva realmente sufrir una pena, y se crean institutos orientados a la reeducación y seguridad.

8.8 Reforma de la ley 23.057 de 1984.

Por este instrumento legal se derogó virtualmente el régimen que disponía el agravamiento de la pena a los poli reincidentes. Sólo quedó en vigencia para el caso de cuatro condenas efectivas a prisión.

Se estableció, asimismo, que el menor de 18 años nunca será considerado reincidente.

A partir de aquí se deja de lado el sistema de reincidencia Ficta (o Formal) que estaba instalado hasta ese momento para dar lugar a lo que llamamos reincidencia real. Con la reforma de la ley 23.057 el Código Penal recepta el sistema de “reincidencia real” que según lo señala parte de la doctrina y la jurisprudencia, se funda en el fracaso del fin preventivo especial de la anterior pena padecida por el sujeto. Y en la prosecución de tal fin, el tratamiento carcelario es sólo un aspecto.

9. AFECTACION DEL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM

A partir de lo estudiado, el principio “Ne bis in ídem”, brinda la garantía de no sufrir una nueva persecución penal por el mismo hecho, que anteriormente haya sido ya, valorado y juzgado legítimamente.

Que sea el mismo hecho, no sólo se agota en que sea el mismo acto el objeto de una nueva sanción, sino que sea objeto de una nueva valoración o doble

valoración. Por eso, doctrinarios de la materia han señalado, que evaluar nuevamente el primer hecho para agravar la pena al reincidente resulta inconstitucional, ya que dicho principio es parte de nuestra carta magna desde el año 1994 y la introducción de los pactos constitucionales.

Es algo inevitable bajo esta perspectiva, que en el caso de los reincidentes, a los que se les impone un mayor castigo (con relación a un “primario”), por un hecho cometido, y fundamentándolo en la existencia de una condena anterior, se vuelve a “juzgar” nuevamente o al menos “valorar” ese primer hecho.

Son muchos los autores que llevan a cabo el estudio del instituto como lo es Zaffaroni, que por ejemplo, indica asimismo “que aquel plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que aquello importaría una violación constitucional del *Ne bis in idem* (Zaffaroni y otros, 1990). Concluye que, de este modo, la idea tradicional de reincidencia como inevitable causa de habilitación de mayor pena deviene en inconstitucional.

Vitale agrega, “la prohibición de la múltiple (y no sólo doble) valoración de las circunstancias a considerar para fijar la pena en el caso concreto abarca, siempre, la orden de no fundar la medida de la pena actual en circunstancias ya consideradas en cualquier juicio anterior (y es obvio que cualquier aumento de pena por ‘reincidencia’ se apoya en la circunstancia de haber cometido antes algún delito, que es, precisamente, lo que ya motivó el dictado de una sentencia judicial –la anterior– y que no puede volver a ser considerado en un juicio posterior por otro hecho distinto). Es decir, la agravación punitiva por el último delito, aunque sea única, es siempre una nueva valoración (...). Por ello, dicha ponderación, por ser nueva, violenta siempre la prohibición de la múltiple valoración” (Gustavo L. Vitale, S/D).

Otros, como los jueces Liliana Catucci y Pedro David, han refutado esta tesis que considera la violación del principio alegando, “nuestra Constitución Nacional no impide que el legislador tome 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”, Agregando que “esto implica una decisión de política criminal que queda exenta del control de constitucionalidad judicial”.

Fundamento, los cuales no son acertados, ya que nadie en la vida puede creer que una persona valla a tener en sus cualidades un “dato objetivo y formal” de la nada incorporado.

Es decir este dato, pesa en su historia a través de un hecho, un hecho ilícito que el mismo ha sido valorado y juzgado por un tribunal de manera legítima, y solo de esa manera pesa sobre el individuo.

El juez a la hora de establecer la pena, o en su caso de prohibir la libertad condicional, o establecer la multireincidencia, estaría tratando al sujeto por lo que es (Derecho Penal de Autor), y valorando o fundamentando ello en base a los hechos cometidos con anterioridad, recayendo así en la violación de la garantía del “Ne bis in ídem”.

CAPITULO V “JURISPRUDENCIA”

SUMARIO: 1. Jurisprudencia; 1.1 Gramajo M. E. s/ robo en grado de tentativa del 5/09/2006; 1.2 Fallo “Arévalo” año 2014; 1.3 Andrés Iván Fernández 28/05/2019.

1.JURISPRUDENCIA

1.1 *Gramajo M. E. s/ robo en grado de tentativa del 5/09/2006.*

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 9, de la Capital Federal, de la provincia de Buenos Aires, condenó al imputado a la pena de 2 años de prisión por considerarlo autor del delito de robo en grado de tentativa, declarándolo reincidente.

Asimismo, declaró la inconstitucionalidad del art. 52 del Cód. Penal sobre cuya base el fiscal de juicio había solicitado que se aplicara al penado la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado. El representante del Ministerio Público interpuso, contra esta decisión, recurso de inconstitucionalidad ante la Cámara Nacional de Casación Penal, en el que sostuvo que la interpretación del artículo 52 efectuada por los integrantes del tribunal oral resultaba errónea, pues dicha norma no es contraria a la Constitución nacional, razón por la cual su aplicación al caso era válida y correspondía.

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, hizo lugar al recurso fiscal, casó la sentencia en cuestión, resolvió declarar la constitucionalidad del artículo 52 del Código Penal, remitiéndose a fundamentos de la corte en fallos precedentes y le impuso a Gramajo la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, dejando en consecuencia sin efecto el pronunciamiento apelado en lo que respecta a este punto.

Contra este pronunciamiento la defensa de Gramajo dedujo recurso extraordinario, donde sostuvo que la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado que prescribe el artículo 52 del Código Penal contradice los principios de legalidad, culpabilidad y prohibición de la persecución penal múltiple, consagrados en los artículos 18 y 19 de la Constitución nacional.

El fallo Gramajo sienta un precedente histórico sobre el Derecho argentino. Como fundamentos destacados podemos encontrar que “...la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de legalidad, el principio de Derecho Penal de Acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (Ne bis in idem) y el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes...”.

Al hacer referencia al principio de proporcionalidad del castigo y a la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes, no nos permite invocarlos así como así en el caso de la reincidencia simple, hay que tener en cuenta que la entidad de los efectos que se desprenden de los art. 14 y 41 no resulta equiparable con la dimensión punitiva que se manifiesta en la reclusión por tiempo indeterminado del artículo 53.

En cuanto a la afectación del principio *Ne bis in ídem*, alegan que “...lo que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia no comprendida ni penada –como es obvio- en ésta”. Aunque es lógico que la agravación responde a circunstancias o conductas anteriores del sujeto.

Al hablar de la culpabilidad en el considerando 12 del voto concurrente del juez Petracchi, sostiene que los reincidentes “manifiestan, al recaer en el delito, un desprecio por la pena anterior que se refleja en una mayor culpabilidad, y que autoriza una reacción más intensa”.

1.2 Fallo “Arévalo” año 2014.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el voto de los ministros Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos Fayt, Enrique Petracchi y Juan Carlos Maqueda, resolvió que es constitucional el sistema de reincidencia previsto en el Código Penal. Como bien estudiamos este mecanismo hace más difícil a los condenados acceder a la libertad condicional, aparte de servirle al tribunal como elemento para graduar la pena que debe sufrir el imputado.

Arévalo fue condenado en dos oportunidades. “El Tribunal Oral de Menores n° 3 de la ciudad de Buenos Aires condenó a Martín Salomón Arévalo como autor del delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego y por la intervención de un menor de dieciocho años de edad, en grado de tentativa, en concurso real con la portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, y le impuso la pena de siete años de prisión. A su vez, unificó esa pena con la de nueve años y nueve meses de prisión que había sido fijada, en definitiva, por el Juzgado de Ejecución Penal n°2, por el delito de robo calificado por el uso de armas, reiterado en seis oportunidades, en concurso real con tenencia ilegítima

de arma de guerra y encubrimiento agravado por el ánimo de lucro, reiterado en dos ocasiones, de modo que Arévalo fue finalmente sentenciado a cumplir la pena única de dieciséis años de prisión, La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, confirmó la declaración de reincidencia de Arévalo y su defensa presentó un recurso extraordinario federal cuestionando, entre otros puntos, la constitucionalidad de esta declaración.”

El segundo de los hechos había sido cometido cuando él había cumplido parte de la pena impuesta a 9 años de prisión, y continuaba bajo el sistema de salidas transitorias del Código Penal. Por esta misma cuestión se lo declara reincidente en términos del artículo 50 del CP, y se rechaza el planteo de inconstitucionalidad de la misma, que había sido planteado en el momento correcto.

“En el segundo recurso insistió en su planteo de que el régimen de agravación penal por reincidencia de los artículos 14 y 50 del Código Penales contrario a los principios de culpabilidad por el hecho y “non bis in idem” recogidos en la Constitución Nacional. Tras más de dos décadas de vigencia, los precedentes de la Corte en los que el tribunal de menores sustentó el rechazo del planteo de inconstitucionalidad merecían – sostuvo la defensa- una nueva evaluación”. El *a quo*, en esta oportunidad rechazo el recurso de inconstitucionalidad sobre bases de jurisprudencia de la misma sala y de la corte suprema. El recurrente plantea la *queja* y a través de la misma se encuentra en valoración en la Corte Suprema de Justicia.

En el escrito que contiene el recurso extraordinario el apelante expone tres objeciones, la tercera de ella es la que nos importa y refutaba la decisión de los tribunales inferiores de respaldar la validez del régimen de agravación por reincidencia sin dar respuesta a los cuestionamientos constitucionales que enfrenta a la luz de los principio de *culpabilidad por el hecho* y *ne bis in idem*, incluye también que este último punto es contradictorio con el fallo “Gramajo” que tratamos con anterioridad.

Al tratar la cuestión del principio *Ne bis in idem*, dice la corte que el mismo prohíbe la aplicación de nueva pena por el mismo hecho pero no limita al legislador para tomar en cuenta la anterior condena “entendida esta como un dato objetivo y formal” a efectos de ajustar el tratamiento penitenciario

posterior, y este es uno de los datos que más me interesa en el desarrollo de la tesina en cuestión, lo cual voy a desarrollar más adelante.

Agregan que lo que se sancionaría con más severidad es la cuestión puesta en relieve, y no así la conducta anterior ya juzgada y penada.

El Tribunal, además fue contra la tesis que cree que con este sistema se castigue a una persona por lo que es y no por lo que haya hecho. Por eso, determino que la agravación no está íntimamente relacionada con el hecho cometido antes sino al, "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".

1.3 Andrés Iván Fernández 28/05/2019.

Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Fernández, Andrés Iván s/ robo. Sentencia del 28 de Mayo de 2019, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Con los magistrados: Rosenkrantz - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti – Rosatti.

En los considerando el caso podemos encontrar:

“Que el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 27 condenó a Andrés Iván Fernández a la pena de ocho meses de prisión como autor del delito de robo y a la pena única de siete años y diez meses de prisión comprensiva de las impuestas en tres condenas anteriores. Asimismo, revocó la condicionalidad de la pena dispuesta en la más antigua de esas tres condenas y la libertad condicional que le había sido otorgada durante la ejecución de la pena determinada en la última de aquellas condenas y lo declaró reincidente.”

“...Que la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar parcialmente al recurso de la defensa y dejó sin efecto la unificación de penas, la revocación de la condicionalidad de la pena más antigua y de la libertad condicional dispuesta y la declaración de reincidencia.”

“Que el Fiscal General interpuso recurso extraordinario -cuya desestimación dio origen a la presente queja- oportunidad en la que tachó de arbitrario el pronunciamiento recurrido únicamente en la medida en que había revocado inmotivadamente la declaración de reincidencia.”

Argumentan también que la reincidencia está bien adoptada ya que “F cometió el robo por el que fue condenado en este proceso poco más de dos meses después de obtener la libertad condicional tras haber cumplido parcialmente la pena de cinco años de prisión impuesta, también por el delito de robo -en ese caso agravado por el uso de arma y su comisión en banda- por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 de San Martín más de dos años antes mediante una sentencia que adquirió firmeza once meses después de dictada. En tales condiciones, resulta aplicable el artículo 50 del Código Penal y procede, entonces, la declaración de reincidencia”. Es decir que se estarían dando los extremos legales a los cuales se remite el artículo en cuestión.

Por otro lado sustentan que la reincidencia es constitucional en cuanto, “Que él instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito”.

Si bien podemos compartir o no este criterio, lo que intentan establecer es que quien ya cometió un delito y vuelve a recaer en estas conductas, presenta un mayor grado de culpabilidad o desprecio por la ley.

CONCLUSIÓN

A través de todo lo expuesto en el trabajo realizado, desde el punto de vista que observemos el instituto de la reincidencia, podremos encontrar ciertas características que lo catalogan como inconstitucional.

Lo que ha inspirado y motivado el trabajo sobre el asunto, es su contradicción con una de las garantías que nos otorga nuestra carta magna, siendo la misma, su afectación a la prohibición de la persecución penal múltiple.

Me parece haber dejado en claro que a la hora de penar a un sujeto, el cual ya posee una condena anterior, de manera distinta a alguien que no la tiene, estamos haciendo una doble valoración de un mismo hecho.

Para entender por qué digo doble valoración, hay que dividir el instituto de la reincidencia en dos etapas o dos condenas, como se lo quiera llamar.

En la primer condena es obvio que el juez debe realizar una valoración de un hecho para poder aplicarla. Y luego a partir de ahí, cuando el mismo sujeto realiza un hecho distinto, el cual es penado con un tipo penal cualquiera, y se le aplica su respectiva sanción, se le suma también un “plus” al poder punitivo del Estado en base a la existencia de la primer condena que ha sido impuesta en esta primer etapa.

Nadie puede tener en sus cualidades “una condena anterior”, sin haber sido valorado un hecho cualquiera por parte del Estado, siendo las conductas humanas, el único medio por el que una persona puede recibir una condena. Entonces al agravar el Estado su fuerza de penar por poseerla, estaría volviendo a poner en consideración el hecho anterior.

La nueva ley de Ejecución Penal demuestra que la única manera que encuentra el Estado, a la hora de intentar cumplir con los fines de resocialización de la pena, es agravándola en determinados casos. Por ejemplo negándole el régimen de progresividad a determinados condenados, como también se le niega a los reincidentes. Siendo este régimen de progresividad importantísimo a la hora de lograr la reinserción del sujeto, ya que recuperar la libertad de manera abrupta puede ser en determinados casos, un contraste de realidades de tal magnitud, que podrían llevar al sujeto a una recaída en el delito, ya que todos sabemos que la cárcel no es un lugar adecuado para preparar al individuo a vivir en libertad y aislado del delito, por el contrario distintos autores creen que es un lugar de profesionalización del delito.

Si bien la corriente garantista, y el análisis que se ha realizado indican, que el instituto es inconstitucional por diversos motivos, no podemos dejar de lado, que el mismo se encuentra dentro de nuestro cuerpo normativo desde los orígenes.

Es por ello que la historia puede estar indicando quizás, que el pueblo a través del congreso demuestra que es aconsejable que siga vigente para mantener la seguridad estatal.

Por más que siga vigente, y siempre basándose en la finalidad real que tiene una pena, que al fin y al cabo es, al menos intentar que nadie deba volver a sufrirla, a través de la resocialización, parecería que este instituto debe sufrir algunas modificaciones desde el punto de vista social.

En otras palabras, si se le impone una sanción a un sujeto, y la misma está destinada a cumplir una finalidad específica y luego el mismo sujeto demuestra que dicho fin no fue cumplido. No es acertado que la segunda vez se intente cumplir el objetivo frustrado, aumentando tiempo de tratamiento. Es muchísimo más razonable que lo que se intente cambiar sea la forma de ejecución o al menos alguno de los rasgos característicos.

Los tratamientos que deben hacerse abarcan tanto el periodo de ejecución de la pena como también el periodo que empieza una vez que el condenado recupera la libertad.

Básicamente podríamos dividirlo en dos bloques. El primero destinado a suplir carencias sociales o emocionales. Incluyendo programas psicopedagógicos para corregir algunas conductas. Y el segundo destinado a corregir carencias laborales, económicas y educativas que pueden influir en el delito. Si bien estos proyectos en realidad se encuentran vigentes, se debe reforzar su forma de aplicarlos.

Este refuerzo a la hora de aplicarse la pena debe existir desde el comienzo de ejecución, si bien seguiría siendo violatorio de ciertos principios. Es bastante coherente o realista, que se exija con mucha más fuerza a quienes posean tendencia a recaer en esto. Ofrecerle medios o herramientas, que le sirvan para no encontrarse nunca más en conflicto con la ley penal, es lo más cercano a la finalidad que se busca en nuestro ordenamiento normativo.

Si bien nadie está obligado a resocializarse, es uno de los fundamentos adoptados por nuestra carta magna también. Por ejemplo, aunque es cierto que cualquier sujeto puede anotarse al cursado de alguna carrera educativa, o

aprender algún oficio cualquiera, debemos destacar que es voluntaria esta elección. En el caso de constituirse como reincidente a un sujeto, podría ser un requisito que se le exija de manera obligatoria, obviamente siempre dentro de los límites que tiene el Estado a la hora de imponer la pena. En la ley de Ejecución Penal, se establece el régimen de progresividad en el que el condenado podrá ir accediendo a determinado beneficios, dependiendo de distintos requisitos. El artículo 14 del Código Penal, modificado por la misma ley, dice que “La libertad condicional no se concederá a los reincidentes”, pero a su vez no otorga ningún beneficio para esa clase de condenados en busca de la resocialización, que es el fin de la progresividad que vive el sujeto en la ejecución de la pena. Sería interesante, que se intente revertir esta situación, que como ya lo dije podría ser inconstitucional o no.

No es necesario que lo que se exija sea el logro de algún mérito académico, pero la base de la teoría planteada está relacionada con aplicar de manera más rigurosa, al menos en la segunda condena, la parte de la condena que se encuentra orientada a la resocialización del sujeto, intentando inculcar valores, y educación que son pilares fundamentales dentro del desarrollo de todo país, como también poder brindarle herramientas que le permitan obtener un sustento económico, o al menos mantenerse fuera del delito en el periodo que comienza una vez abandonado los centros de detención. Para ello el seguimiento debe ser constante y con personal que se encuentre profesionalizado para dicho objetivo. Esto conlleva también, que el Estado debe asumirse como responsable de la mala ejecución de las penas, que en última medida es una responsabilidad monopólica que le pertenece y no simplemente trasladar la culpa al sujeto.

Este tema llevaría un largo análisis y estudio de planificación, pero es mucho más acertado enfocar la fuerza del instituto, en el modo de aplicar la sanción que no cumplió los fines en primer término, a simplemente agravar su plazo o forma de cumplimiento, negando la libertad condicional y por ende modificando el periodo que se encuentra destinado a la nueva inserción social.

BIBLIOGRAFIA

- 1) Alvero Jose Luis, La nueva ley de ejecución de la pena privativa de la libertad. ¿Fin de la Puerta Giratoria? Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/12/doctrina46112.pdf>
- 2) Anabela Antegiovanni, “Cumplimiento Parcial” a los fines de la reincidencia, Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/08/doctrina46923.pdf>
- 3) Anónimo, S/D, recuperado de Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/0B2z4jXLvhSyhV0pISzhlQlITRnc/view>.
- 4) Anselmino Valeria L., “Ne bis idem” La prohibición contra la doble persecución penal, Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33710/Documento_completo.pdf?sequence=1
- 5) Bacigalupo Enrique, (1999), Derecho Penal Parte General, segunda edición Buenos Aires, Argentina, Hammurabi.
- 6) Balestra Carlos Fontana, (1998), Derecho Penal Introducción y Parte General, Abeledo Perrot, Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- 7) Benjamín Sal Llargués, Acerca de la Reincidencia, recuperado de <http://www.defensapublica.org.ar/revista/2000/12/doctrina.nac/nota.htm>
- 8) Cabanellas Guillermo, (1992). Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. 4a. Edición ampliada por Ana María Cabanellas, Buenos Aires, Argentina, Heliasta S.R.L.
- 9) Claus Roxin (1976): Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo, traducción y notas de Diego Manuel Luzon Pefta, en «Problemas básicos del Derecho penal, Madrid, España, Reus, S. A.
- 10) Claus Roxin, (1997), Derecho Penal Parte General, Madrid, España, Editorial Civitas.
- 11) Cury Urzua Enrique, La prevención especial como límite de la pena, recuperado de [file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-LaPrevencionEspecialComoLimiteDeLaPena-46333%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-LaPrevencionEspecialComoLimiteDeLaPena-46333%20(1).pdf)

- 12) De León Villalba, Francisco Javier, (1998). Acumulación de sanciones penales y administrativas: Sentido y alcance del principio “Ne bis in idem”, Barcelona, España, Bosch.
- 13) Francisco Gómez Valdez, El Non Bis In Idem, recuperado de <http://www.jusresistentiae.com/pdf/numero-5.pdf>
- 14) Francisco Muñoz Conde, Introducción Al Derecho Penal, (2001), Montevideo, Buenos Aires, BdeF.
- 15) Garcia Crippa, Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala III, 27/12/2012. Fallo en causa “B.M.L. s/ robo calificado por homicidio resultante – salidas transitorias”. Por mayoría se resolvió rechazar la incorporación al régimen de salidas transitorias a una persona condenada por el delito de homicidio en ocasión del robo, amparándose en el Art. 56 bis de la Ley 24.660.
- 16) González Vallejos Miguel, El Hombre Como Fin en si Mismo en el Pensamiento de Robert Spaemann, recuperado de http://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/2179/Gonzalez_EL%20HOMBRE%20COMO%20FIN%20EN%20S%C3%8D%20MISMO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- 17) Guillermo Alberto Posadas, (2012), Presidente, Fallos de la Corte de Justicia de Salta recuperado de <file:///C:/Users/User/Downloads/libro2.pdf>
- 17) Jimenez de Asua Luis, (1997), Principios de Derecho Penal La Ley y EL Delito 3º Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- 18) Machado Ricardo, comentarios a la “Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad” Ley 24.600 recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/comentadas/comentadas46616.pdf>
- 19) Martínez Stella Maris, Defensora General de la Nación, Ministerio Publico de la Defensa, Defensoría General de la Nación, Resolución N° 1610/10 Recuperado de, https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1354812463res%20DGN%201610_2010.pdf
- 20) Mir Puig Santiago- Derecho Penal, Parte General recuperado de <https://onedrive.live.com/?authkey=%21AJMnlmUzzOS0aaU&cid=5C54F4AA>

[EF2E7727&id=5C54F4AAEF2E7727%21966&parId=5C54F4AAEF2E7727%21949&o=OneUp](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/comentadas/comentadas46616.pdf)

- 21) Mir Puig Santiago, (1974), La Reincidencia en el Código Penal, Barcelona, España, Ed. Bosch.
- 22) Muñoz Clares José, (2006), Ne bis in idem y Derecho Penal. Definición Patología y Contrarios, Murcia, España, Ed. Diego Marín.
- 23) Ricardo Machado, S/F, comentarios a la “Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad” Ley 24.600 recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/comentadas/comentadas46616.pdf>
- 24) Righi Esteban; Fernández Alberto A, Derecho Penal, La ley. El delito. El proceso y la Pena, (1996), Buenos Aires, Argentina, Hammurabi.
- 25) Rios Alberto, Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala III, 27/12/2012. Fallo en causa “B.M.L. s/ robo calificado por homicidio resultante – salidas transitorias”. Por mayoría se resolvió rechazar la incorporación al régimen de salidas transitorias a una persona condenada por el delito de homicidio en ocasión del robo, amparándose en el Art. 56 bis de la Ley 24.660.
- 26) Rubén E. Figari y Hernán D. Herrera, Análisis crítico sobre las reformas a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad introducidas por la Ley N° 27.375. recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina46009.pdf>
- 27) Vitale Gustavo L., Inconstitucionalidad de la Reincidencia: DOS FALLOS EJEMPLARES, recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2005/05/doctrina30140.pdf>
- 28) Zaffaroni Eugenio Raúl, (1998), “Tratado de Derecho penal”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Ediar.
- 29) Zaffaroni Eugenio Raul, S/F, Reincidencia, recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160808_03.pdf
- 30) Zaffaroni Raul Eugenio, (1991), Manual de Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, Argentina, Sexta Edición, EDIAR.
- 31) Zaffaroni Raul Eugenio, Benjamin Sal Llargués, (2007) “Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, Segundo Tomo “A”, Bs. As, Argentina, Ed. Hammurabi.

INDICE TEMATICO

Agradecimientos.....	2
Resumen.....	3
Estado de la Cuestión.....	4
Marco Teórico.....	5
Objetivos.....	6
Introducción.....	7

CAPITULO I “DERECHO PENAL”.

1. Derecho Penal o Criminal.....	10
2. Derecho Penal.....	11
3. Limites al Derecho Penal.....	12
4. Delitos.....	13

CAPITULO II “FUNDAMENTOS DE LAS PENAS”.

1. Fin y fundamentos de las penas.....	16
1.1. Teorías de la retribución.....	17
1.2. Teorías de la prevención especial.....	18
1.3. Teorías de la prevención general.....	22
1.4. Teorías Mixtas.....	23
2. Normas sobre la función de la pena.....	24
2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	24
2.2. Convención Americana de Derechos Humanos.....	25
2.3. Ley 24660 modificada por ley 27375.....	25
2.3.1. Tratamiento	26
2.3.2. Características del régimen progresivo.....	27
2.3.3. Artículo 56.....	30

CAPITULO III “PRINCIPIO NE BIS IN IDEM”.

1. Principio Ne Bis In Idem.....	34
2. Origen histórico.....	34
2.1. Los antecedentes griegos.....	34
2.2. Derecho Romano.....	35

2.3. Antecedentes contemporáneos.....	36
3. Caracteres y alcances	37
4. Requisitos.....	39

CAPITULO IV

1. Reincidencia.....	43
2. Derecho Penal de acto vs Derecho Penal de autor.....	44
3. Caracteres.....	46
4. Multireincidencia.....	47
5. Nociones Generales.....	49
6. Fundamentos que avalan el instituto.....	51
6.1. Mayor peligrosidad del autor.....	51
6.2. La teoría psicológica de la culpabilidad.....	51
6.3. Teoría de la justificación por vía de la doble lesión.....	52
6.4. Insuficiencia relativa de la pena ordinaria.....	52
7. Clasificación de la reincidencia.....	53
7.2. Genérica y específica.....	53
7.3. Reincidencia real y ficta.....	54
8. Evolución histórica en argentina.....	55
8.1. El código de Tejedor 1964.....	55
8.2. Proyecto Villegas- Ugarriza- García, de 1881.....	56
8.3. El Código Penal de 1886; 8.4 Proyecto de 1891.....	57
8.5. Los Proyectos de 1917.....	57
8.6. Código de 1921.....	57
8.7. Proyectos 1922-1983.....	58
8.8. Reforma de la ley 23.057 de 1984.....	58
9. Afectación del Principio Ne bis in ídem.....	59

CAPITULO V “JURISPRUDENCIA”.

1. Jurisprudencia	
1.1. Gramajo M. E. s/ robo en grado de tentativa del 5/09/2006.....	62
1.2. Fallo “Arévalo” año 2014.....	63
1.3. Andrés Iván Fernández 28/05/2019.....	65

Conclusión.....	67
Bibliografía.....	70