

# LA REINCIDENCIA SIMPLE A LA LUZ DEL FALLO “GRAMAJO”

por Nicolás M. Bessone (UNMDP) y Gabriel Durán (UNMDP)

SUMARIO: I- Introducción II- Reincidencia: Nociones y efectos III- Análisis del fallo Gramajo. Sus implicancias respecto de la figura de la reincidencia simple (art. 50 del Cod. Penal) III-a) ne bis in idem III-b) derecho penal de autor III-c) ¿Mayor o menor culpabilidad por el acto? IV- Existencia de perjuicio en la sentencia condenatoria V- Conclusión VI- Bibliografía

## I- INTRODUCCION

En la ya conocida causa “Gramajo, M. E. s/ robo en grado de tentativa”, del 5/09/2006, la CSJN se pronunció por la inconstitucionalidad de la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista por el art. 52 del Código Penal para los supuestos de “multirreincidencia”<sup>1</sup>.

En el presente trabajo nos proponemos dimensionar las posibles implicancias que el citado pronunciamiento pueda tener respecto de la figura de la reincidencia simple, instituto que impone una mayor severidad en el castigo a quienes ya han sido anteriormente condenados por la comisión de delitos. En otras palabras, analizaremos si alguno de los argumentos esgrimidos por la Corte en Gramajo autoriza a fundar una crítica a la reincidencia (o si, por el contrario, la premisas que concluyen en la inconstitucionalidad de la reclusión por multirreincidencia no alcanzan al supuesto del art. 50 del Cód. Penal).

Como aclaración previa, creemos importante destacar que –dado el objetivo propuesto- nos limitaremos a abordar los argumentos que atacan a la reincidencia sólo en la medida en que los mismos se deduzcan del texto de Gramajo. Sin perjuicio de ello, reconocemos que el instituto ha sido criticado prácticamente desde sus orígenes, con fundamentos de los más variados, cuyo tratamiento no pretendemos agotar aquí.

También es importante mencionar que la Corte, con otra composición, tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del tema en ocasión de resolver los casos “Gómez Dávalos” (Fallos 308:1938) y “L’Eveque” (Fallos 311:1451), donde se sostuvo que la agravación de las penas para los reincidentes no afecta principios constitucionales básicos (en una decisión que no es pacíficamente aceptada, y que abordaremos en profundidad más adelante). No obstante, la evidente relación que existe entre a reincidencia simple y la reincidencia múltiple nos autoriza a pensar que lo resuelto en Gramajo aportará criterios innovadores para el estudio de la constitucionalidad del aumento punitivo causado por la primera.

---

<sup>1</sup> De esa manera, el mencionado tribunal ha venido a apartarse del criterio vigente en la materia, expuesto en el precedente “Sosa” (Fallos 324:2153).

En ese sentido, adviértase que la mayoría de la Corte ha reconocido que en los supuestos de reincidencia múltiple “...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...” (Fallo Gramajo, consid. 32). Pero adviértase también que, a pesar de lo extenso de la enumeración transcrita, resultaría suficiente comprobar que en el caso de la reincidencia simple se violenta sólo una de las mencionadas garantías para deducir válidamente su inconstitucionalidad.

Así presentado el trabajo, y de manera previa al tratamiento de la cuestión planteada, optamos por exponer en forma somera algunas nociones básicas sobre la reincidencia y sus efectos, que nos permitan advertir las consecuencias de la eventual declaración de inconstitucionalidad a la que hemos aludido en los párrafos anteriores.

## **II- REINCIDENCIA: NOCIONES Y EFECTOS**

En nuestro derecho positivo, el instituto se encuentra consagrado en el art. 50 del Cod. Penal, que expresa: “*Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de la libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena*”. Es decir que la figura opera cuando un sujeto comete un ilícito, habiendo sido anteriormente condenado por la comisión de otro u otros hechos delictivos distintos al primero. Se trata, al decir de Zaffaroni (1991, pág. 715), de una “especial forma de reiteración delictiva”. Sobre los temas de la naturaleza jurídica y las clasificaciones que suelen efectuarse respecto del instituto, nos remitimos a la abundante y accesible bibliografía en la materia.

En cuanto a los principales efectos de la figura en estudio, ellos se encuentran regulados por los arts. 14, 41 y 52 del Código Penal. En líneas generales, pueden resumirse todos afirmando que se genera una agravación de la respuesta institucional punitiva del Estado (Vitale 2004, pág. 2). Como quedó dicho en la introducción, en el fallo Gramajo se ha declarado la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado en los supuestos de multirreincidencia del art. 52. Con lo cual, en la actualidad, la entidad de la reincidencia está determinada por el contenido de los artículos 14 y 41: el primero de ellos consagra el impedimento de acceder a la libertad condicional a los reincidentes; mientras que el segundo la contempla como una pauta para determinar judicialmente la pena, pauta que (según ciertos autores) actuaría únicamente como una circunstancia agravante aunque la ley no aclare expresamente dicha condición.

En ese sentido, si bien el texto del art. 41 no descarta la posibilidad de invocar a la reincidencia como un atenuante, lo cierto es que semejante idea –aunque plausible- no es del todo coherente con el resto del articulado del Código. En efecto, parecería contradictorio suponer que la

reiteración delictiva pueda invocarse para disminuir la entidad punitiva, al tiempo que por aplicación de los arts. 14 y 52 ella opera agravando el castigo. Al mismo sujeto que reduciríamos la pena a causa de su reincidencia, se le prohibiría más adelante el acceso a la libertad condicional... a causa de su reincidencia.

### **III- ANALISIS DEL FALLO GRAMAJO. SUS IMPLICANCIAS RESPECTO DE LA FIGURA DE LA REINCIDENCIA SIMPLE (art. 50 del Código Penal)**

Nos introducimos ahora en el estudio concreto del pronunciamiento en Gramajo. El voto de la mayoría comienza por exponer numerosos motivos que autorizan a afirmar que, en realidad, la reclusión por tiempo indeterminado es verdaderamente una “pena”, y no una “medida de seguridad”: la Corte se aboca a esta tarea desde el considerando 7 hasta el 17, efectuando un erudito repaso del origen histórico del instituto, de su finalidad, sus manifestaciones prácticas, etc. Creemos que no resulta de mayor interés para el objetivo que nos hemos propuesto tratar en profundidad esta cuestión, pues aquí no está en duda que los efectos de la reincidencia simple se manifiestan en la órbita de las “penas”. En todo caso, daría igual que se considerara que tratamos con medidas de seguridad, puesto que éstas últimas no pueden desconocer los principios y garantías constitucionales básicas<sup>2</sup>.

Más adelante hace referencia la Corte al principio de proporcionalidad del castigo y a la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes. Aquí consideramos que el texto de Gramajo no nos permite invocarlos sin más como argumentos que deslegitimen al instituto de la reincidencia simple, sin perjuicio de la existencia de opiniones críticas en doctrina que parten de dichas garantías. Hay que tener en cuenta que la entidad de los efectos que se desprenden de los arts. 14 y 41 no resulta equiparable con la dimensión punitiva que se manifiesta en el caso de la reclusión por tiempo indeterminado, donde la desproporción es sin duda evidente.

Pasaremos ahora a ver cómo se ha expedido la Corte respecto de los principales argumentos que se suelen utilizar para atacar la constitucionalidad del instituto de la reincidencia simple.

#### **III- a) *Ne bis in idem***

Esta garantía impide el múltiple castigo o la múltiple persecución penal contra una persona fundada en un único hecho. Si bien nuestra Constitución Nacional no la ha consagrado de manera expresa, históricamente se la ha reconocido como una de las garantías no enumeradas, que surgen del sistema republicano y del Estado de Derecho (Maier 2002, pág. 596). A partir de la reforma de la Carta Magna en 1994 se despeja cualquier duda posible sobre su rango

---

<sup>2</sup> En este aspecto es elocuente el voto del juez Petracchi, quien a pesar de considerar que la reclusión del art. 52 es una medida de seguridad, resuelve su inconstitucionalidad por cuanto ella violenta los principios de culpabilidad, proporcionalidad y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes.

constitucional, atento a su reconocimiento en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>3</sup>.

Quienes cuestionan la constitucionalidad de la reincidencia alegando que ella violenta el principio de *ne bis in idem* afirman que la agravación de las penas a los reincidentes tiene como fundamento, en realidad, al primer delito. De manera que precisamente estaríamos frente a un supuesto de múltiple castigo, dirigido hacia una misma persona y por un mismo hecho. En esa dirección se expresa cierto sector de la doctrina, entre quienes citamos –a guisa de ejemplo- a Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000, pág. 1009), quienes sostienen: “*El plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que importaría una violación al non bis in idem o, si se prefiere, a la prohibición de doble punición*”. La única manera de evadir esta crítica es demostrar que la pena de los reincidentes es determinada atendiendo sola y exclusivamente a la segunda conducta delictiva, y en tal sentido se han construido una gran cantidad de teorías, más o menos rebuscadas<sup>4</sup>.

Pero, en nuestra opinión, la Corte deja abierta la puerta para contestar a estas elaboraciones de un modo simple. En el considerando 20 del fallo Gramajo se explica claramente que las consecuencias agravantes, en verdad, se fundan en los delitos pretéritos, mediante la siguiente reflexión: “*Si Gramajo no hubiese cometido los anteriores hechos, tendría una pena de 2 años de prisión. Como los cometió, se le impondría una pena mínima de 12 años de reclusión, siempre que cumpla con los requisitos del art. 53*”. En base a ello, no resulta muy aventurado afirmar que un razonamiento similar sería aplicable a los supuestos de reincidencia simple, de manera que: “*Si un sujeto no hubiese cometido anteriores hechos, su pena sería A. Como los cometió, su pena es B*” (siendo ésta última a todas luces más gravosa que “A”, por aplicación de los arts. 14 y 41 del Cod. Penal, como ya hemos explicado).

Luego, sigue la Corte diciendo: “*Según las matemáticas, habría como mínimo cinco años de reclusión efectiva y cinco años de libertad condicional que se le imponen por los hechos anteriores, para lo cual se pasa por alto que por éstos ya ha sido juzgado, condenado y ha cumplido las penas impuestas que se hallan agotadas. Por ende, los diez años que como mínimo se le incrementa su pena son una nueva pena por los hechos por los que ya fuera juzgado, condenado y con pena extinguida por agotamiento*”. De la misma manera, en la reincidencia simple puede afirmarse que: “*Según las matemáticas, los años de encierro que corresponden a la agravación del monto de la pena (prevista conforme al art. 41 del Cod. Penal), más el plazo por el cual el sujeto permanezca imposibilitado de obtener la libertad condicional (en virtud del art. 14 del Cod. Penal) se le imponen a aquél por los hechos anteriores, para lo cual se pasa por alto que por éstos ya ha sido juzgado,*

---

<sup>3</sup> El más categórico de ellos es el PIDCP, que en su art. 14.7 dice: “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*”.

<sup>4</sup> Algunas de ellas pueden encontrarse en la obra de Luis García, ya citada (1992, pág. 129).

condenado y ha cumplido las penas impuestas que se hallan agotadas...”. Como se puede apreciar, existe una evidente analogía entre las estructuras de ambos razonamientos, de manera que no podría lógicamente tomarse uno de ellos como correcto para afirmar luego que el otro es falso.

En su voto concurrente, el juez Petracchi se dedica a aclarar de manera expresa que la situación del multirreincidente no es equiparable a la del “reincidente simple”, y para ello se vale – principalmente- de argumentos expuestos en los citados precedentes Gómez Dávalos y L’Eveque. En dichos pronunciamientos, y en lo que respecta a la cuestión del *ne bis in idem*<sup>5</sup>, se afirmó que no existe violación al mismo, en base a dos motivos principales. En primer lugar, se consideró que el referido principio “...no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal”. Por otro lado, a ello se agregó 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”. Creemos que el pasaje transcrito de Gramajo evidencia un cambio de criterio de la mayoría, toda vez que deja en claro que el plus punitivo es impuesto a causa de los hechos anteriores, ya juzgados.

Consideramos interesante agregar que si lo que se busca es “ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario” de los condenados, ello no puede lograrse con previsiones legales generales y abstractas de aplicación obligatoria en todos los supuestos. Como afirma Luis García (1992, pág.106), no es posible afirmar que en todos los casos reales la privación de la libertad condicional satisface mejor la prevención especial. Por el contrario, un “ajuste de tratamiento” que pretenda ser adecuado y “preciso”, debería tener en cuenta las características particulares del sujeto en cuestión.

Además, si se tomara en cuenta “exclusivamente la conducta”, como se pretende en el segundo de los párrafos transcritos del fallo L’Eveque, la pena no tendría porqué ser distinta ante hechos objetivamente similares. Es lógico que la agravación responde, o bien a otras conductas (anteriores), o bien a circunstancias personales del autor que no tienen que ver con una mayor lesión al bien jurídico. La primera de las opciones es incompatible con la garantía del *ne bis in idem*. La segunda la desarrollaremos a continuación, para concluir en que violenta el principio de culpabilidad por el hecho (teniendo siempre como guía el texto de Gramajo).

### **III- b) Derecho penal de acto.**

Desde otra perspectiva, se critica a la figura de la reincidencia por cuanto se correspondería con un modelo de derecho penal de autor, y no de acto, desde que la agravación de pena que ella supone no se determina atendiendo a características propias de la conducta realizada, ni se

---

<sup>5</sup> Volveremos a analizar el voto de Petracchi luego, en lo que se refiere a la culpabilidad del reincidente.

observa una mayor lesión al bien jurídico afectado. Lo que se estaría penando sería, entonces, la personalidad del autor del delito, o bien su peligrosidad. Dicho en otras palabras, el reproche se establece atendiendo a lo que la persona es y no a lo que la persona hace. Como se observa, la cuestión se vincula íntimamente con el principio de reserva y con la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Julio B. J. Maier, luego de proponer su idea de que la reincidencia crea delitos especiales impropios, expresa en esa dirección que *“no se reprime más gravemente porque se ha perpetrado una infracción más grave, o por un conocimiento superior sobre la antijuridicidad del hecho (mayor reproche como consecuencia de una mayor intensidad delictiva), sino únicamente porque se responde a un autor específico, a alguien que se “etiqueta” genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas mas graves que las normales según la valoración del hecho”*<sup>6</sup>. Agrega Zaffaroni: *“un derecho que reconozca pero que también respete la autonomía moral de la persona, jamás puede penar el ‘ser’ de una persona, sino sólo su hacer, desde que el derecho es un orden regulador de la conducta humana”* (1991, pág. 73).

Como hemos dicho más arriba, el derecho penal de acto ha sido uno de los fundamentos de los cuales se sirvió la CSJN para concluir en la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado, en los supuestos de multirreincidencia. En el considerando 18 la Corte expresa que *“resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo”*<sup>7</sup>.

Puede estarse de acuerdo o no con el razonamiento transcrito. Pero si la mayoría de la Corte ha dicho que en los casos de reincidencia múltiple se juzga la personalidad del delincuente, parece evidente que esa misma mayoría debe admitir que sucede lo propio en los supuestos de reincidencia simple. Manteniendo cierta coherencia con la postura expuesta, da igual si se trata de un sujeto que ha cometido cuatro, cinco o seis delitos: no hay razón alguna para afirmar que, al agravarse las penas, se juzga la *personalidad* de quien comete seis delitos, mientras que se juzgan las *conductas* de quien comete cuatro, o cinco<sup>8</sup>. Lo que en verdad importa es que en todos los supuestos se atiende a circunstancias ajenas al hecho juzgado, que no se traducen en un mayor daño al bien jurídico afectado, y que hacen a la personalidad de quien delinque.

---

<sup>6</sup> Maier, Julio B J (2002, página 644). Siendo varios los autores que sostienen una crítica de la reincidencia desde la óptica de un derecho penal de acto, citamos sólo a dos de ellos de manera ejemplificativa.

<sup>7</sup> Concuerda con esta opinión el juez Fayt, quien en su voto sostiene que *“No puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho”* a lo que agrega *“...solo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad”*.

<sup>8</sup> Según se trate de los supuestos del inciso 1 o del inciso 2 del art. 52 del Código Penal.

Tampoco podrían establecerse diferencias fundadas en el hecho de que la multirreincidencia causa una modificación en la escala penal mientras que la reincidencia no lo hace. En ambos casos la reacción punitiva aumenta de manera apreciable (en virtud de los artículos 14 y 41, el reincidente puede pasar varios años más en prisión por el hecho de serlo), y eso es lo relevante. Al respecto, es gráfico el dr. Zaffaroni cuando afirma que *“Puede argumentarse lo que se quiera, pero que una persona quede encerrada años o camine por la calle es una diferencia notable, y afirmar que lo primero no es una agravación es una fractura con un dato elemental de la realidad sumamente peligrosa. No hay lógica que pueda negar esto”* (de su voto en el fallo “Guzman”; en LL-1989-E p. 165). Además, si se comprueba que existe una violación a principios constitucionales básicos, no hay ningún motivo para supeditar su declaración a la circunstancia de que se eleven ciertas escalas penales.

Siguiendo la línea de lo dicho en los párrafos anteriores, y volviendo al texto de Gramajo, consideramos entonces que también puede reproducirse respecto de la reincidencia simple la reflexión que se desprende del considerando 17: *“En cualquier caso, resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa. En efecto, suponiendo que se mida la culpabilidad o la peligrosidad, no se está midiendo la lesión a un bien jurídico determinado, sino la conducción que de su vida hace el agente.”*

En relación con lo transcrito, es importante tener en cuenta ciertas consideraciones críticas que efectúa la Corte respecto de la noción de “peligrosidad”, que constituye la piedra angular sobre la que se sustentan las elaboraciones que responden a un modelo de derecho penal de autor. En ese sentido, podemos decir que el fallo Gramajo impulsa el destierro definitivo del mencionado concepto (de raíces positivistas) del ámbito de nuestro derecho penal, mediante una extensa argumentación que se vuelca en los considerandos 22 al 27, y 31 del pronunciamiento. Destacamos algunos pasajes del texto, a modo de resumen: *“Cuando se maneja el concepto de peligrosidad en el derecho penal, se lo hace... como juicio subjetivo de valor del juez o del doctrinario, con lo cual resulta un concepto vacío de contenido verificable, o sea, de seriedad científica”*. Asimismo, *“no puede sostenerse seriamente que se autorice a un estado de derecho para que imponga penas o prive de libertad a una persona...sobre la base de una mera probabilidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual”*.

En apoyo de tales premisas, la CSJN cita jurisprudencia de la Corte IDH, que en el caso “Fermín Ramírez c. Guatemala” ha dicho: *“La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del*

*Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo... no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos."*

### **III- c) ¿Mayor o menor culpabilidad por el acto?**

Otro aspecto vinculado con la culpabilidad se desprende del considerando 12 del voto concurrente del juez Petracchi (voto al cual ya hemos hecho mención en el desarrollo del punto III-a), desde que 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 frente al nuevo hecho. Agrega que *"El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce"*. En la misma línea de pensamiento, autores como Luis M. García sostienen que *"es el conocimiento de la criminalidad del acto, con el agregado de que conoce lo incisivo de la consecuencia jurídica, lo que funda una mayor reprochabilidad por ese acto"* (1992, página 126). Se trata, a nuestro modo de ver, del más sólido de los fundamentos a los cuales se suele apelar para legitimar la figura en estudio.

Pero resulta al menos llamativo que otro sector de la doctrina sostenga, también con serios argumentos, que la reincidencia permite sancionar de modo más grave justamente a quien es *menos culpable*, y concluya luego en su inconstitucionalidad. Quienes se enrolan en esta postura parten de la noción misma de la "culpabilidad", en virtud de la cual el reproche se funda en que el sujeto pudo comportarse de otra manera. Y, precisamente, la recaída en el delito demuestra una menor capacidad de su autor para conducirse conforme a las exigencias que le formula el derecho (ya que siente un impulso o una predisposición mayor hacia la delincuencia que el resto de las personas).

Vemos así que al sujeto reincidente, que sabe lo nocivo de las consecuencias del delito y lo comete a pesar de ello, cierta parte de la doctrina lo considera *más culpable*, mientras que otro sector lo ve *menos culpable*. Ahora bien, ¿cuál de estas posturas es la correcta? ¿es más reprochable el autor de una lesión culposa por haber cometido antes un hurto? ¿es más reprochable el segundo homicidio al primero?

Parece que lo adecuado sería dejar en manos del órgano decisor el juicio de reprochabilidad en cada supuesto concreto, de manera que al juzgar pueda atender a las circunstancias propias del caso. Esto no significa que simplemente propongamos "disminuir el castigo a los reincidentes". En algunas ocasiones quienes recaigan en el delito merecerán penas mayores, por ser más reprochable su segunda conducta; mientras que en otras tantas situaciones nos encontraremos con que la aludida reprochabilidad será menor, y menor entonces será la pena.

Refuerza esta interpretación el hecho de que la misma Corte haya dicho, en el caso "Abbott" (Fallos 324:3940) -citado por el propio Petracchi en el considerando 10 de su voto en "Gramajo", y

por Argibay en su considerando 5<sup>9</sup>- que “la existencia de presunciones legales de culpabilidad que no admiten prueba en contrario implica desconocer la preciosa garantía fundamental según la cual la culpabilidad del agente es presupuesto de su responsabilidad penal”. Si no se admite que en ningún caso la ley presuponga *iure et de iure* la culpabilidad de una persona, pareciera que tampoco debería tolerarse que la ley presuponga *iure et de iure* la existencia de una mayor culpabilidad en todos los supuestos de reincidencia.

#### **IV- EXISTENCIA O NO DE PERJUICIO EN LA SENTENCIA CONDENATORIA**

Por último, quisiéramos exponer algunas reflexiones referidas a una idea más o menos difundida en la jurisprudencia. Nuestros tribunales suelen rechazar planteos de inconstitucionalidad de la reincidencia con motivo de una supuesta *ausencia de perjuicio* para el condenado al momento del dictado de la resolución<sup>10</sup> (dicho perjuicio recién aparecería en la etapa de ejecución, cuando es denegada la libertad condicional).

En primer lugar, creemos que la citada postura sólo es sostenible siempre que el fallo en cuestión no introduzca la valoración de la reincidencia como una circunstancia agravante (aunque más no sea “genérica”) a la hora de fijar el castigo, y por ende la pena no sea fijada en el mínimo legal; en éste último caso el perjuicio deviene innegable. Por lo demás, la certeza de que no se accederá a la libertad condicional existe ya al momento de la condena...

De cualquier manera, la postura analizada no constituye un óbice para considerar inconstitucional al art. 14, por los argumentos antes expuestos. Y llegado a ese punto, lógicamente tendría también que considerarse inconstitucional el art. 41 en tanto la reincidencia opere como agravante al cuantificar la pena. Entonces, tachados los artículos 14, 41 y 52 (éste último por lo dispuesto en Gramajo), quedaría flotando en el Código el art. 50 –inatacable porque no causaría perjuicio alguno- etiquetando como reincidentes a algunos condenados, sin ninguna consecuencia práctica. No nos convence esta idea, y pensamos que lo correcto sería desterrar tanto el art. 50 como sus efectos.

#### **V- CONCLUSION**

Para finalizar, pasaremos ahora a exponer de manera ordenada y sintética las conclusiones a las que hemos arribado, que de alguna manera han sido ya esbozadas, o pueden inferirse lógicamente de lo dicho hasta aquí sin mucho esfuerzo.

Durante el desarrollo del punto III creemos haber demostrado que es posible transpolar válidamente el desarrollo teórico realizado por la Corte en Gramajo, a aquellos supuestos en los que se cuestione la constitucionalidad de la reincidencia simple. Ello así porque existe una analogía

---

<sup>9</sup> Tal como lo señala Adrián N. Martín al comentar el fallo, en DJ 25/10/2006, 543.

<sup>10</sup> Aún cuando desde el plano dogmático y teórico no son renuentes a aceptar aquella inconstitucionalidad.

sustancial entre los supuestos del los arts. 50 y 52 del Código Penal respecto de las cuestiones que más arriba hemos tratado.

Y, sin que ello importe menospreciar el argumento basado en el *ne bis in idem*, pensamos que resulta de fundamental relevancia la crítica a la reincidencia que parte desde la perspectiva de un derecho penal de acto, y del principio de culpabilidad por el hecho. Creemos que esa aseveración es incontestable, toda vez que se comparta lo expresado en el punto III-C, y por ende se rechace la mera invocación a la “*mayor culpabilidad*” como criterio legitimante de incrementos punitivos.

Un Estado que pretenda ser respetuoso de las garantías mínimas de sus integrantes no puede permitirse castigar a una persona atendiendo a lo que ella es; sólo sus actos son pasibles de motivar una reacción estatal punitiva. Y de Gramajo bien puede inferirse que al igual que en el supuesto de la reincidencia múltiple, en el caso de la reincidencia simple se castiga el “ser” del sujeto, y no su “hacer”.

De tal manera, nuestra ley autoriza a los jueces a aplicar los valores más elevados previstos por la escala penal, fundando la gravedad del castigo en la reincidencia del condenado, reprochando así el modo en que él conduce su vida (como si ésta fuera una función del Estado), y estimando que en el futuro volverá a cometer delitos. Resulta evidente la situación de desprotección en la cual se coloca al sujeto: ¿cómo puede él probar, aunque tenga la razón, que jamás volverá a cometer ilícitos?

Por todo lo dicho, no nos caben dudas de que la figura de la reincidencia, que reconoce fundamentos de índole netamente positivista, está llamada a desaparecer de la órbita de nuestro derecho penal en el corto o mediano plazo. Esperamos que ello se logre por vía de una reforma legislativa, como la que representa el último Proyecto de Reformas al Código Penal; pero para el caso de que no sea así, creemos haber demostrado que no es utópico pensar que la Corte en su actual composición pueda abandonar la vigente doctrina de los fallos Gómez Dávalos y L’Eveque. Y no dudamos tampoco que Gramajo ha sido un primer paso –alentador, por cierto- en la mencionada dirección.

Un derecho penal que prescindiera de la figura de la reincidencia no sólo es perfectamente concebible, sino que además respondería de mejor manera a las exigencias de un Estado democrático de derecho, celoso del respeto de la dignidad humana.

## **VI- BIBLIOGRAFIA**

ARNEDO, Miguel A.: *La reforma penal y el nuevo régimen de la reincidencia*, en *El Derecho*, t. 115, págs. 929 en adelante.

DONNA, Edgardo A.: *Reincidencia y Culpabilidad. Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal*, ed. Astrea, Bs. As., 1984.

GARCIA, Luis M: *Reincidencia y punibilidad*, ed. Astrea, Bs. As., 1992.

MAIER, Julio B.J.: *Derecho procesal penal I. Fundamentos*, ed. del Puerto, 2002. VITALE, Gustavo L., *La "reincidencia" contamina el derecho penal constitucional*, en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar), 2004.

ZAFFARONI, Eugenio R.: "Manual de Derecho Penal", Ediar, Bs. As., 1991.

ZAFFARONI, Eugenio R, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 2000.

ZIFFER, Patricia S.: *Lineamientos de la determinación de la pena*. Ad-hoc, Bs. As., 2005.