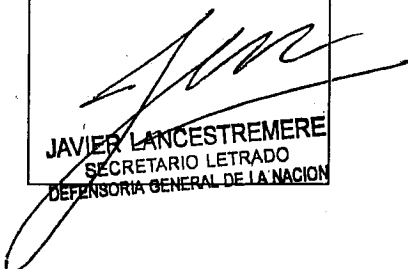




*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

Resolución DGN N° 1610/10

| |
|--|
| PROTOCOLIZACIÓN |
| FECHA: 26, 11, 10 |
|  |
| JAVIER LANCESTREMERE SECRETARIO LETRADO DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION |

Buenos Aires, 26 de noviembre de 2010.

VISTO Y CONSIDERANDO:

USO OFICIAL

I. Que el art. 50 del Código Penal establece que “[h]abrá 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”.

Las consecuencias asignadas a la aplicación de ese instituto se traducen en un incremento de la reacción punitiva estatal, verificable en los siguientes aspectos:

a) Imposibilidad de acceso a la libertad condicional, conforme lo normado en el art. 14 del Código Penal. Además, el art. 319 del Código Procesal Penal de la Nación establece que una eventual declaración de reincidencia podrá constituirse en obstáculo para la obtención de la excarcelación o de la eximición de prisión.

b) Determinación judicial de la pena, de acuerdo con lo estipulado en los arts. 40 y 41 del Código Penal. Es de destacar que, en la mayoría de los casos, la reincidencia es considerada como una circunstancia agravante de la pena.

c) Imposición de la reclusión por tiempo indeterminado como pena accesoria de la última condena, en los términos del


STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN


JAVIER LANCESTREMERE
SECRETARIO LETRADO
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

art. 52 del Código Penal. En este punto, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de Fallos 329:3680 ha declarado la inconstitucionalidad de dicha accesoria por considerarla violatoria de los principios de culpabilidad, proporcionalidad, reserva y legalidad –entre otros–.

II. El instituto de la reincidencia –así como sus consecuencias directas sobre la situación del imputado– debe ser objeto de críticas en la medida en que resulta violatorio de numerosas garantías constitucionales.

1. El principio constitucional del “derecho penal de acto”

El principio de derecho penal de acto se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y determina que nadie “...será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Este principio se ve además reflejado a lo largo de todo el articulado de la Ley Fundamental: en el artículo 18 “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso...”, en el artículo 99 inciso 5º –entre las facultades del Presidente de la Nación– “Puede indultar o conmutar las penas por delitos...” (el subrayado no corresponde al original).

Ese principio se encuentra consagrado –además– en instrumentos internacionales que cuentan con jerarquía constitucional según lo previsto por el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. El art. 11, ap. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe “Nadie será condenado por actos u omisiones (...)”. El artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.

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. De allí surge la prohibición del Estado de interferir en la esfera íntima de reserva de los ciudadanos.

En ese sentido, se ha sostenido que “Como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

el artículo 19 de la Constitución Nacional, 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; y sólo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad, pues lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas" (Voto del Dr. Fayt en Fallos, 332:1963).

Dentro de ese marco, la reincidencia "... resulta inexorablemente unida al concepto de habitualidad, como reveladora del hábito de delinquir... Esa sola circunstancia debería bastar para excluirla de la ley penal argentina, que (sobre la base dada por los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional) sienta toda su estructura en el Derecho penal de acto. La pena sobrevendrá por el acto realizado y no por características personales de su autor" (Zaffaroni, Raúl y Sal Llargués, Benjamín: "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial"; Ed. Hammurabi, 2007, 2da edición, págs. 349/350).

La reincidencia es a todas luces una manifestación de un derecho penal de autor que, además de constituir una flagrante violación al principio de culpabilidad por el hecho y de las garantías que emanan de los artículos 18 y 19 de la C.N., transgrede el principio del derecho penal de acción al sancionar al sujeto no sólo por acciones que son materia de juzgamiento sino por su forma de vida.

2. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional "es el más importante de los que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona" (Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, "Derecho Penal Parte General, Ediar, 2002, Pág. 139).

La reincidencia viola el principio constitucional de culpabilidad, toda vez que importa una declaración que afecta la elección de vida de la persona y no la conducta sometida a proceso. En ese sentido, cabe remarcar que "sólo un discurso alucinado y ajeno al saber penal puede ignorar la realidad reproductiva del poder punitivo y sostener una institución que, (...) conduce a que el estado se atribuya la función de juzgar lo que cada habitante elige ser y lo que

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTINEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

JAVIER LANCESTREMERE
SECRETARIO LETRADO
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

cada persona es" (Zaffaroni, Eugenio Raúl, y otros, "Derecho Penal, Parte General", Ediar, 2002, pag. 1012). En la misma línea, Luigi Ferrajoli sostiene que *"la peligrosidad, como la reincidencia, es un modo de ser más que un modo de actuar, que actúa, indebidamente, como un sustituto de la culpabilidad en el que queda expresada la actual subjetivización del derecho penal"* (Ferrajoli, L; "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Ed. Trotta, pag. 508).

Como expresa Gustavo Vitale, la *"...previsión legal de la llamada 'reincidencia' como causa de agravación de la situación punitiva del condenado, violenta normas constitucionales en forma manifiesta (art. 1, 18, 33, 75, inc.22, CN). (...). La regulación argentina del instituto de la 'reincidencia' no toma como base (para agravar la pena) la culpabilidad del autor por el hecho que se juzga, sino la existencia de penas privativas de la libertad cumplidas con anterioridad en relación con otros delitos distintos al juzgado. Por ello, viola el principio de culpabilidad por el hecho, según el cual no hay pena sin que el autor de un hecho pueda haberse contramotivado en la ley penal para no cometerlo. Tal principio es una consecuencia necesaria del principio de legalidad (...) La transgresión al principio constitucional de culpabilidad por el hecho se presenta por cuanto el aumento del rigorismo punitivo (...) se fundamenta, realmente, en la 'peligrosidad' que se dice 'demostrada' y no en un mayor reproche penal por el hecho juzgado. Al fundarse la mayor severidad del trato legal no en la conducta que es materia de juzgamiento, sino en conductas anteriores de la vida del sujeto (o en el cumplimiento anterior de una pena), el objeto del juicio de reproche deja de ser el hecho cometido y juzgado para dirigirse a aquello que el individuo es (o, más propiamente, lo que fue...).* De esta manera, se está instaurando una forma de *'derecho penal de autor'* (...) lo que constituye (además de una violación al principio de culpabilidad por el hecho y, por ende, a los arts. 18 y 19 de la CN) un sutil quebrantamiento del art. 19 constitucional, a partir del cual se elabora un *'derecho penal de acto'* o *'de acción'* no solo a nivel del juicio de culpabilidad (...), sino a su vez a nivel del juicio de tipicidad (...) Precisamente son esas acciones prohibidas (...) las que el principio de legalidad penal (a través de su exigencia dogmática de tipicidad) permite juzgar y las que el principio de culpabilidad posibilita reprochar" (Vitale, Gustavo, "La 'reincidencia' contamina el derecho constitucional", NDP, 2005/A, pág. 172/173).

Ahora bien, quienes sustentan la validez constitucional del instituto se basan fundamentalmente en dos aspectos: que importa mayor culpabilidad y que responde a necesidades preventivas -especiales o generales-.



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

En el primero de los sentidos se enrola el voto del Dr. Petracchi en el Fallo "Gramajo" que ratifica la doctrina emanada de Fallos 308:1938, toda vez que entiende que "...dicho instituto se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. 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 (caso "Gómez Dávalos", en Fallos: 308: 1938). Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso "L'Eveque", Fallos: 311:1451)" (Considerando 12 voto Petracchi, Fallo Gramajo).

Sin embargo, cabe señalar que esa mayor culpabilidad - lejos de referirse al hecho por el cual se lo está juzgando- se refiere a su modo de conducción de vida, extremo que hace a su intimidad y sobre el cual el liberalismo político construyó un muro infranqueable, donde ni la realización del derecho ni la pena pueden cimentarse. Así, se ha afirmado que "esa pretendida mayor culpabilidad es claro que ninguna relación guarda con la gravedad de la conducta prohibida por la norma y descripta en la ley a la que deba ajustarse, en su monto máximo, la reprochabilidad y la sanción a imponer, si es que en verdad desea respetar el principio consagrado por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional" (Magariños, Héctor Mario; "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, N° 7, Ad Hoc, pág. 99/100).

Sobre el segundo de los sentidos, cabe señalar que los intentos de fundar la reincidencia en cuestiones de tipo preventivo -especial o general- tampoco son compatibles con la garantía del derecho penal de acto, pues el ámbito de lo ilícito lo constituye exclusivamente la conducta.

Ésta es la plataforma sobre la cual debe evaluarse la gravedad del ilícito y de cuya gravedad "deberá depender necesariamente del límite máximo del ilícito y a su vez del reproche que el estado está autorizado a formular a un individuo. En consecuencia una mayor gravedad de la sanción penal que no derive del acto ilícito y de su gravedad, sino de consideraciones de carácter preventivo, como tales ajenas a la conducta y su disvalor, resultará carente de legitimidad" (Conf. Magariños, Héctor Mario, ob. cit. pag. 111).

De tal modo, sostener que el instituto de la reincidencia difiere del de la multireincidencia (tal el argumento sustentado por el Dr.

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

JAVIER LANCESTREMERE
SECRETARIO LETRADO
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

Petracchi en el Considerando 13 del precedente "Gramajo" al decir que: *"en el caso de la mayor culpabilidad derivada del desprecio por la anterior condena ya fue valorada al fijar la pena correspondiente al hecho concreto, cometido a pesar de la advertencia previa. Por lo tanto, esa culpabilidad anterior ya fue suficientemente retribuida y no podría ser nuevamente utilizada como argumento para fundar la reclusión accesoria, pues ello significaría violar la prohibición de doble valoración contenida en el principio non bis in idem"*) resulta erróneo, pues en términos estrictamente lógico-formales, es incuestionable que el art. 52 está compuesto de un número determinado de reincidencias, de modo que no se presentan diferencias ontológicas entre uno y otro instituto.

Conforme enseña Roxin, la reincidencia *"...pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida y por tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho."* (Roxin, "Derecho penal. Parte General" Tomo I, pág. 186).

Así las cosas, deviene necesario concluir que la fundamentación del instituto de la reincidencia se basa en gran medida en la aplicación de un concepto de "peligrosidad" del individuo.

Ahora bien, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que: *"el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía (...) En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención"* (caso "Fermín Ramírez vs. Guatemala", del 20/6/2005, considerandos 94 y 96, destacado en el original).

En este sentido, resulta esclarecedor lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedente "Gramajo" en cuanto a que: *"Cuando se maneja el concepto de peligrosidad en el derecho penal, se lo hace sin esa base, o*



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

sea, 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. De este modo, resulta directamente un criterio arbitrario inverificable. En síntesis: la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal." (Considerando 24 del voto mayoritario).

Por su parte, Ferrajoli señala que "Se entiende que, en un sistema garantista así configurado, no tienen sitio ni la categoría peligrosidad ni cualquier otra tipología subjetiva o de autor elaboradas por la criminología antropológica o eticista, tales como la capacidad criminal, la reincidencia, la tendencia a delinquir, la inmoralidad o la deslealtad" (Ferrajoli, Luigi, "Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, pág. 42)

3. Principio "ne bis in idem"

Este principio, según el cual nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por el mismo hecho -reconocido como una de las garantías no enumeradas contenidas en el art. 33 de la Constitución Nacional-, se encuentra actualmente consagrado en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos con jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994 (art. 75 inc. 22).

Como se dijo anteriormente, la declaración de reincidencia acarrea, por un lado, la imposición de una pena mayor a la que correspondería legalmente para ese delito, y por otro, la supresión de la posibilidad de acceder a la libertad condicional por la comisión de un delito anterior (respecto del cual ya fue condenado y cumplió pena privativa de libertad). En definitiva, en ambos supuestos, se vuelve a ponderar el delito ya juzgado, en clara violación de las garantías constitucionales señaladas.

El principio del ne bis in idem "...prohíbe, pues, no solamente reiniciar el proceso, sino que por esos hechos, realizados por una misma persona, no se pueden imputar consecuencias posteriores, que violarían el principio..."

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

JAVIER LANCESTREMERE
SECRETARIO LETRADO
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

(Donna, Edgardo Alberto "Reincidencia y culpabilidad" Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal, Ed. Astrea, Bs. As., 1984, pág. 31 y ss). Así, se considera que la reincidencia "*...es inconstitucional...por atacar el principio de non bis in idem*" (aut. cit, op, cit, pág. 77).

De aceptarse que una condena por un hecho puede ser más gravosa y severa por el anterior juicio y condena de un delito, se estaría volviendo a sancionar en la condena actual por el delito pasado. Cabe destacar que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos habla a las claras de "*...sancionado...*", esto es, que la nueva sanción sólo debe tener en cuenta el hecho materia de nuevo juzgamiento.

Es decir que "*[s]i al sujeto que se declara reincidente se le impone una pena mayor a la que corresponde legalmente por el nuevo delito cometido [o se lo perjudica de cualquier manera al ser juzgado por ese nuevo ilícito (por ejemplo impidiéndosele el ejercicio del derecho a la libertad condicional)], considerándose como fundamento la circunstancia de haber cometido delitos antes de ese juicio previo, se están haciendo renacer los delitos ya juzgados, valorándoselos para incrementar la pena impuesta por otros hechos independientes cometidos en una época posterior. Se está volviendo a sancionar al individuo por aquellos ilícitos anteriores. Hay una múltiple valoración de la comisión de delitos anteriores, violatoria del componente material del principio aquí enunciado*" (Vitale, Gustavo: "Inconstitucionalidad de la reincidencia: dos fallos ejemplares"; en "Ley, Razón y Justicia"; Ed. Alveroni; Año 2005; pág. 306).

4. Principio de Resocialización como fin de la pena privativa de libertad, estipulado en la Constitución Nacional

El artículo 18 de la Constitución Nacional en su última parte establece que: "*...Las cárceles de la Nación será sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.*"

Al incorporarse al bloque constitucional la normativa internacional sobre derechos humanos (artículo 75, inciso 22), se ha reforzado esta finalidad otorgada a las penas privativas de la libertad.

Así el art. 5º, ap. 6º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*", y el art. 10 apartado 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

"El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

Luego de la incorporación de dicha normativa al texto constitucional, el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.660 de "Ejecución de la pena privativa de la libertad", cuyo artículo 1º declara *"La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad"*. Cabe recordar que en su artículo 229 la propia ley se declara complementaria del Código Penal.

Establecido, entonces, el precepto constitucional acerca del fin que deben perseguir las penas privativas de libertad, cabe preguntarse quién debe asumir la responsabilidad de resocializar al individuo.

Al respecto, corresponde destacar que el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento. Cabe señalar que este artículo, como el ya mencionado 5 apartado 6, se encuentran ubicados en la Parte Primera de la Convención, titulada "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos". Una obligación similar se deriva del art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De este modo, es posible afirmar que el Estado debe cargar con la obligación de resocializar al condenado, por lo que la reincidencia significa castigar al individuo por la falla del Estado en su tratamiento.

Bajo este prisma debe analizarse de qué modo las consecuencias legales de la reincidencia afectan al principio resocializador.

En primer lugar, con relación a la cancelación del beneficio de la libertad condicional en abstracto y por el mero hecho de haber sido declarado reincidente (art. 14 del C.P.), atenta contra los fines de la pena tal y como son definidos por la ley 24.660 y los Pactos Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 CN).

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTINEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

JAVIER LANCESTREMERE
SECRETARIO LETRADO
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

Ello, en tanto la finalidad de resocialización de la pena puede tornar oportuna la liberación anticipada del justiciable en base a su conducta durante el período de detención -falta de necesidad de un tratamiento- o bien conforme las perspectivas futuras del sujeto. Al respecto, se consideró que *"la calidad de reincidente en el art. 14 del Cód. Penal, se traduce en una pena de mayor entidad al privar de la posibilidad de libertad condicionada, porque a todas luces la ejecución total de la misma resulta más gravosa por la completa privación de la libertad del condenado, por el total del tiempo de la sanción aplicada. Por ello, precisamente, es violatorio del principio libertad del non bis in idem y justifica sea declarada dicha norma como inconstitucional"* (Sala VI, CNCC, 27/12/85, "Varela, Luis R.", voto Zaffaroni y Elbert, LL, 1986-B-424).

En segundo término, la valoración de la declaración de la reincidencia a la hora de determinar la pena (art. 41 del C.P.), debe necesariamente operar a favor del justiciable en tanto es demostrativa de una menor culpabilidad en virtud de un aumento de la vulnerabilidad provocado por un anterior ejercicio del poder punitivo del Estado. En este sentido, se ha dicho que *"...la reincidencia lejos de poder utilizarse como elemento para agravar la responsabilidad del incuso, debe necesariamente operar a su favor y, consecuentemente, en contra del propio estado, puesto que las anteriores institucionalizaciones -cumplidas o no- lejos de haberlo 'resocializado' coadyuvaron a reafirmarlo en el estereotipo social negativo que condicionó su selección penal y lo condujo nuevamente a delinquir (Cf. Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, ob. cit., 1º ed., p. 1011).*

En tal inteligencia, Patricia Ziffer agrega que *"el art. 41 por un lado, ordena al juez tomar en cuenta la reincidencia al graduar la pena, mientras que el art. 14, por otro lado, dispone que el reincidente no podrá obtener la libertad condicional. A partir de allí se deduce que si el elemento de la 'reincidencia' ya fue tomado en cuenta por el legislador para agravar la ejecución de la pena, porque se trata de un hecho al que le corresponde una culpabilidad más grave, esta especial culpabilidad no podría ser considerada nuevamente para agravar el monto al tomar en cuenta las circunstancias relevantes según el art. 41 pues, de otro modo, se estaría violando la prohibición de doble valoración, o el aspecto material del principio de ne bis in idem (...). Ahora bien otra consecuencia de la reincidencia radica en la determinación de la forma de ejecución de la pena. Nuevamente aquí advertimos un efecto en la doble valoración toda vez que el art. 14 del CP. cancela en abstracto la posibilidad de que se conceda el beneficio de la libertad*



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

condicional a quien ha sido declarado reincidente (...). Pero aún cuando se admita alguna restricción al ámbito abarcado por la prohibición de doble valoración, en nuestro caso, no sería aplicable. Porque las razones que llevan a considerar dos veces el factor 'reincidencia' son las mismas en el art. 41 y en el art. 14: la presunción de una mayor gravedad en el hecho cometido por quien ya sufrió una pena, y la consecuencia de la doble valoración es la misma en las dos normas: un aumento en tiempo de la pena de prisión. En síntesis, la reincidencia no necesariamente debe ser interpretada como una circunstancia agravante. El respeto por el principio de culpabilidad impone que se tomen en cuenta a favor del autor las posibles deficiencias que le hayan impedido actuar conforme a derecho, a pesar de la pena anterior. En ese caso, el juez deberá compensar la mayor peligrosidad de la ejecución con una pena de menor duración. Si esta situación no se da, y si el nuevo hecho efectivamente se corresponde con una mayor culpabilidad, ello no podrá ser computado para aumentar la duración de la pena" (Ziffer, Patricia, "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, N° 7, Ad Hoc, pag. 115/18).

USO OFICIAL

En síntesis, conforme surge del art. 1 de la Ley 24.660, y en consonancia con lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3), la ejecución de la pena privativa de la libertad tiene por finalidad la reinserción social de la persona condenada.

Dicho propósito se estructura a partir de un régimen de progresividad penitenciario, conformado por diversos estadios que reflejan el progreso del condenado durante el cumplimiento de la pena de encierro. El avance de la persona hacia cada una de las etapas posibilita que pueda acceder a las modalidades de morigeración de la detención (salidas transitorias, libertad condicional, entre otros).

La declaración de reincidencia se trasluce en un obstáculo para que el penado pueda reincorporarse gradualmente a la vida en libertad, pues el art. 14 del Código Penal -con manifiesto rigorismo- determina dicho agravamiento cualitativo de la pena.

De este modo, la norma referida se desinteresa del progreso evidenciado por el condenado durante el tratamiento penitenciario; progreso que, incluso, pudo haber sido reconocido por el propio Estado mediante la asignación de las calificaciones pertinentes (conducta y concepto).


STELLA MARIS MARTINEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION


JAVIER LANCESTREMERE
SECRETARIO LETRADO
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

Así, el declarado reincidente se ubica en una categoría diferente respecto del resto de las personas condenadas, puesto que más allá de cualquier circunstancia reveladora de readaptación social, su supuesta "peligrosidad" -presumida juris et de jure- determina la pérdida del derecho a obtener su libertad anticipada.

Este conflicto marcado entre el régimen de progresividad regulado por la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el instituto de la reincidencia, debe necesariamente resolverse a favor del primero; así lo imponen las normas internacionales ya destacadas y los principios "pro homine" y "pro libertatis".

III. Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo establecido en el artículo 51, inc. c) y m) de la ley 24.946, en mi carácter de Defensora General de la Nación.

RESUELVO:

I. **RECOMENDAR** a los Sres. Defensores Públicos que, ante la declaración de reincidencia de sus defendidos, arbitren los medios necesarios a efectos de lograr la inconstitucionalidad de dicho instituto penal regulado en el art. 50 del Código Penal; de acuerdo a lo señalado en los considerandos y en tanto favorezca la situación de sus asistidos.

II. **RECOMENDAR** a los Sres. Defensores Públicos que frente al rechazo jurisdiccional de la libertad anticipada solicitada en favor de sus defendidos, arbitren los medios necesarios a efectos de lograr la declaración de inconstitucionalidad de la disposición contenida en el art. 14 del Código Penal; de acuerdo a lo señalado en los considerandos y en tanto favorezca la situación de sus asistidos.

III. **RECOMENDAR** a los Sres. Defensores Públicos que, en los casos de imposición de la pena de reclusión por tiempo indeterminado, arbitren los medios necesarios a efectos de lograr la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones establecidas en el art. 52 del Código Penal, o bien, de aquella que al respecto contiene el art. 80 de dicho cuerpo



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

normativo; de acuerdo a lo señalado en los considerandos y en tanto favorezca la situación de sus asistidos.

Protocolícese, hágase saber y, oportunamente, archívese.

STELLA MARIS MARTINEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

JAVIER LANCESTREMERE
SECRETARIO LETRADO
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

USO OFICIAL