

LUIS M. GARCÍA

*Reincidencia*  
*y*  
*punibilidad*

Aspectos constitucionales y dogmática  
penal desde la teoría de la pena



EDITORIAL ASTREA  
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA  
BUENOS AIRES  
1992

## ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i> .....	V
----------------------	---

### **CAPÍTULO PRIMERO**

#### **RÉGIMEN LEGAL DE LA REINCIDENCIA Y DOGMÁTICA PENAL**

##### **A) QUÉ SE ESCONDE BAJO LA DISCUSIÓN**

§ 1. Introducción .....	1
§ 2. Objetivos del trabajo .....	2

##### **B) QUÉ NO DICEN LOS DOGMÁTICOS SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA**

§ 3. Dogmática y neutralidad valorativa .....	3
§ 4. Dogmática y valoraciones del intérprete .....	4
§ 5. Puntos de partida valorativos .....	5
§ 6. Necesidad de una fundamentación valorativa .	6
§ 7. Disenso en el dogma y disenso en la interpretación .....	7

### **CAPÍTULO II**

#### **EXPLICITACIÓN DE LOS DOGMAS RELEVANTES**

##### **A) EL SENTIDO DE LA PENA COMO PUNTO DE PARTIDA**

§ 8. Primer dogma de la argumentación .....	9
---	---

§ 9.	Concepto de pena .....	13
	a) Como mal .....	13
	b) Como desaprobación social .....	14
§ 10.	La pena como castigo .....	16
§ 11.	Distinción entre el mal del delito y el mal de la pena .....	18

### B) TEORÍAS DE LA PENA

§ 12.	Tesis de la retribución .....	18
§ 13.	Objeciones a las tesis retributivas .....	20
	a) En cuanto al fundamento y límites del "ius puniendi" .....	20
	b) Negación del libre albedrío .....	21
	c) Imposibilidad de verificar el libre albedrío en el proceso .....	22
	d) Libre albedrío y determinación social .....	24
§ 14.	Concepto social de culpabilidad como forma de evitar la disputa sobre el libre albedrío .....	25
§ 15.	La libertad como valor social entendido .....	27
§ 16.	Objeciones a esta posición. La justificación basada en una ficción .....	29
§ 17.	El libre albedrío como presupuesto de la vida social comunicativa .....	30
§ 18.	Idea de la expiación. Objeciones .....	32
§ 19.	La retribución como pago del mal con el mal. La racionalización de la venganza .....	34
§ 20.	Esterilidad político-criminal de la retribución .....	37
§ 21.	Teorías de la prevención especial .....	37
§ 22.	Objeciones a las teorías de la prevención especial .....	39
	a) En cuanto al fundamento y límites del "ius puniendi" .....	39
	b) Imposibilidad de determinar la necesidad de pena .....	40
	c) Ilegitimidad de la resocialización coactiva .....	42
§ 23.	Teorías de la prevención general .....	43
§ 24.	Prevención general positiva .....	45
§ 25.	Objeciones a las teorías de la prevención general .....	47
	a) En cuanto al fundamento del "ius puniendi" .....	47

b) En cuanto al límite del "ius puniendi". El terror estatal .....	48
c) Indemostrabilidad de la coacción psicológica .....	50
d) Utilización del delincuente para amedrentar a otros hombres .....	51
§ 26. Las llamadas teorías unitarias, unificadoras o mixtas .....	51
§ 27. Welzel .....	53
§ 28. Maurach .....	54
§ 29. Baumann .....	57
§ 30. Teoría unificadora dialéctica de Roxin .....	58
a) Justificación de las conminaciones penales .....	58
b) Justificación de la imposición de pena .....	59
c) Justificación de la ejecución penal .....	61
§ 31. Stratenwerth .....	62

### CAPÍTULO III

#### PRESENTACIÓN FINAL DE LOS DOGMAS. UNA FUNDAMENTACIÓN SOCIOLÓGICO-JURÍDICA

§ 32. El método .....	65
-----------------------	----

#### A) JUSTIFICACIÓN GLOBAL

##### 1) PRIMER GRUPO DE DOGMAS

§ 33. Introducción .....	66
§ 34. Justificabilidad de la autoridad .....	66
§ 35. Necesidad de la existencia del Estado .....	67
§ 36. El Estado como medio de satisfacción de una necesidad humana .....	67

##### 2) SEGUNDO GRUPO DE DOGMAS

§ 37. Introducción .....	68
§ 38. Necesidad de la pena para proteger bienes jurídicos .....	68
§ 39. Derecho penal y reglas morales .....	69

§ 40.	La pena necesaria .....	70
§ 41.	Puntos comunes a la justificación de penas y medidas de seguridad .....	70

### 3) TERCER GRUPO DE DOGMAS

§ 42.	Introducción .....	70
§ 43.	Prevención general positiva .....	71
§ 44.	La retribución como presupuesto de la prevención general positiva .....	71
§ 45.	Excepcionalidad de las necesidades de retribución. Subsidiariedad .....	73
§ 46.	La culpabilidad como presupuesto de la retribución .....	74
§ 47.	Culpabilidad y expectativa social .....	75
§ 48.	Culpabilidad y juicio social de reproche .....	76
§ 49.	Críticas a los criterios de "motivabilidad" y "proporcionalidad" .....	77
§ 50.	Prevención general positiva como fundamento y límite de la prevención especial. La expiación .....	80

### B) JUSTIFICACIÓN PARTICULAR

§ 51.	Introducción .....	81
§ 52.	Conminación de penas .....	81
§ 53.	Pronunciamiento de la condena .....	82
§ 54.	Ejecución de la condena .....	84
§ 55.	Perspectiva del criterio adoptado .....	85

## CAPÍTULO IV

### COMPATIBILIDAD DE LOS DOGMAS CON LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES VIGENTES

§ 56.	La retribución dentro de una concepción unificadora .....	87
§ 57.	Tesis de quienes niegan legitimación constitucional a las teorías retributivas .....	87

§ 58.	Interpretación semántica del artículo 18 de la Constitución Nacional .....	88
§ 59.	Interpretación sistemática de la Constitución .....	91
§ 60.	Contexto histórico de la Constitución .....	92
§ 61.	Integración dentro del sistema penal .....	93

**CAPÍTULO V**

**PRESUNTAS FUENTES EXTRANJERAS DE LA LEY**

§ 62.	Fuentes invocadas durante el trámite legislativo .....	95
§ 63.	Código Penal portugués .....	96
§ 64.	Código Penal austríaco .....	97
§ 65.	Código Penal alemán .....	99
§ 66.	El antiguo párrafo 48 del Código Penal alemán .....	100

**CAPÍTULO VI**

**FUNDAMENTO DE LA REINCIDENCIA DEL ARTÍCULO 50 DEL CÓDIGO PENAL**

§ 67.	Delimitación del tema .....	103
§ 68.	Distintos fundamentos adjudicados al régimen de reincidencia .....	103
§ 69.	Necesidad de prevención especial. Crítica ..	104
§ 70.	Mayor culpabilidad del reincidente .....	107
§ 71.	Mayor culpabilidad dentro de una teoría retributiva o mixta .....	108
§ 72.	Doctrina sobre el anterior párrafo 48 StGB ..	109
§ 73.	La retribución como sustrato del artículo 50 del Código Penal .....	111
§ 74.	Interpretación de la Corte Suprema .....	111
§ 75.	Criterios mixtos .....	112
§ 76.	Plausibilidad de un criterio mixto "lege ferenda" .....	114
§ 77.	La reincidencia como expresión de un mayor injusto .....	114

**CAPÍTULO VII****OBJECIONES CONSTITUCIONALES  
AL RÉGIMEN DE LA REINCIDENCIA**

§ 78.	Introducción .....	117
§ 79.	Reincidencia y culpabilidad .....	117
	a) Menor culpabilidad del reincidente .....	117
	b) Nuestra opinión .....	119
	c) Reincidencia y culpabilidad por la con- ducción de la vida .....	121
	d) Nuestra opinión .....	125
§ 80.	Reincidencia y "non bis in idem" .....	126
	a) La objeción .....	127
	b) Argumentos de Gesterling y Carrara .....	128
	c) Nuestra opinión .....	129
§ 81.	Reincidencia y el principio de igualdad .....	130
	a) La objeción .....	130
	b) Respuesta a la objeción .....	131

**CAPÍTULO VIII****CONCEPTO DE CUMPLIMIENTO  
TOTAL O PARCIAL DE LA PENA ANTERIOR**

§ 82.	Concepto de cumplimiento de pena. Depen- dencia del fundamento que se reconozca a la reincidencia .....	135
	a) Reincidencia ficta y reincidencia real .....	135
	b) El orden en la argumentación .....	136
	c) Consecuencias de los distintos puntos de partida .....	137
§ 83.	Reincidencia y sufrimiento "suficiente" de la pena anterior .....	138
	a) Condena de ejecución condicional .....	139
	b) Prisión preventiva .....	140
§ 84.	Criterio para determinar cuándo hubo sufri- miento "suficiente" de la pena anterior .....	144

a) Cualquier tiempo .....	144
b) Criterio librado al arbitrio del juez .....	146
c) Mínimo legal de las penas privativas de libertad .....	148
§ 85. Sufrimiento "suficiente" de pena y mínima suficiencia de la represión .....	149
§ 86. Mínimo legal y mínima suficiencia .....	151
§ 87. Contestación de las objeciones formuladas al criterio del mínimo legal .....	152
§ 88. Conclusión .....	154

**CAPÍTULO IX**

**VINCULACIÓN DE LA REINCIDENCIA  
CON LA LIBERTAD CONDICIONAL**

**(LAS INCONSECUENCIAS LÓGICAS  
Y LAS INCONSECUENCIAS MATEMÁTICAS)**

§ 89. La prevención especial. Punto de partida alternativo .....	157
§ 90. Insuficiencia de la ejecución de la pena anterior .....	158
§ 91. Vinculación entre reincidencia y libertad condicional .....	158
§ 92. Inexistencia de analogía entre reincidencia y libertad condicional .....	160
§ 93. Proporcionalidad entre el tiempo de resocialización y el del control de resocialización .....	162
§ 94. Objeciones lógicas .....	163
§ 95. El criterio de los dos tercios de la pena como único parámetro de cumplimiento parcial ..	166
§ 96. Incorrecciones aritméticas .....	167
a) Penas indivisibles .....	167
b) Penas temporales menores de tres años ..	169
§ 97. Resultado de las objeciones .....	172
§ 98. Propuesta alternativa: la progresividad del régimen penitenciario .....	172
§ 99. Período de prueba como criterio rector .....	173
§ 100. Informe de la autoridad penitenciaria .....	176

**CAPÍTULO X****POLÍTICA CRIMINAL  
¿CIENCIA PRÁCTICA O CIENCIA OCULTA?**

§ 101. Reincidencia y finalidades político-criminales .....	179
§ 102. Irracionalidad político-criminal de la pura retribución .....	179
§ 103. Utilidad político-criminal de las penas .....	181
§ 104. Inutilidad preventivo-especial de las penas. Marginalización y estigmatización. Objeciones .....	182
§ 105. La pena como panacea preventiva. Objeciones .....	184
§ 106. Propuesta "de lege ferenda" .....	185
§ 107. Escasez de medios y problema ético .....	188
<i>Bibliografía</i> .....	191
<i>Índice alfabético</i> .....	197