



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

ESCUELA DE POSTGRADO

**EL EXPANSIONISMO PENAL Y SU RELACIÓN CON LA
REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA
AGRAVANTE CUALIFICADA PARA LA
DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA**

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales

ALFREDO JESUS FLORES BARRIONUEVO

Asesor: PhD. **FELIX CLAUDIO JULCA GUERRERO**

Huaraz – Ancash – Perú

2020

Nº. Registro: T0724



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,
PARA OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL**

REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: **Flores Barrionuevo Alfredo Jesús**

Código de alumno: **2010.1734.3.AC**

Correo electrónico: alfredojesus.floresbarrionuevo@gmail.com

Teléfono: **995400721**

DNI o Extranjería: **80249458**

2. Modalidad de trabajo de investigación:

Trabajo de investigación

Trabajo Académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

3. Título profesional o grado académico:

Bachiller

Título

Segunda especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

**EL EXPANSIONISMO PENAL Y SU RELACIÓN CON LA REINCIDENCIA COMO
CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE CUALIFICADA PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE
LA PENA**

5. Facultad de:.....

6. Escuela, Carrera o Programa: Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: **Julca Guerrero Félix Claudio**

Correo electrónico: felixjulca@yahoo.com

Teléfono: **938347062**

DNI o Extranjería: **31672735**

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma:

D.N.I.:

FECHA:

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Presidente

Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza

Secretario

Doctor Félix Claudio Julca Guerrero

Vocal

ASESOR

Doctor Félix Julca Guerrero

AGRADECIMIENTO

- A los docentes de la Escuela de Postgrado de la UNASAM, que con todo acierto me ofrecieron sus conocimientos jurídicos que enriquecieron mi formación académica por sus enseñanzas.
- A mis compañeros de la Maestría por los momentos gratos en las aulas.
- A mi asesor de Tesis, por su dirección en la presente investigación.

DEDICATORIA

A mi familia, por quienes tengo el deber de superarme.

ÍNDICE

	Página
Resumen	vii
Abstract	viii
I. INTRODUCCIÓN	1-10
Objetivos.....	9
Hipótesis	10
Variables	10
II. MARCO TEÓRICO	11-64
2.1. Antecedentes.....	11
2.2. Bases teóricas.....	13
2.3. Definición de términos	60
III. METODOLOGÍA	65-69
3.1. Tipo y diseño de investigación	65
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	66
3.3. Instrumento(s) de recolección de la información	67
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	68
IV. RESULTADOS	70-111
V. DISCUSIÓN	112-128
VI. CONCLUSIONES	129
VII. RECOMENDACIONES	130
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131-136
ANEXO.....	137

RESUMEN

La presente investigación tuvo por finalidad determinar la relación existente entre el expansionismo penal y la reincidencia como circunstancia agravante calificada para la determinación judicial de la pena en el ordenamiento jurídico peruano; para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático y por su naturaleza fue cualitativa; se empleó la técnica documental, análisis de contenido, teoría de triangulación de teorías y la argumentación jurídica. Teniéndose como resultados que estas instituciones han sido objeto de constantes modificatorias evidenciándose la expresión de la ola expansionista del Derecho Penal. Concluyendo que: Que la configuración y aplicación de la reincidencia en el derecho penal trae consigo vulneraciones de principios fundamentales que consagra nuestra constitución, así también se estaría vulnerando el principio del ne bis in ídem por realizar una doble valorización del hecho anterior para agravar la pena por encima del extremo máximo del tipo penal. Que, la reincidencia al ser una circunstancia calificada agravante, que implica imponer un apena por encima del extremo máximo prevista por el tipo penal para satisfacer los fines sociales e instrumentalizando al ser humano; es vulnerar la dignidad del ser humano. Y que tomar los antecedentes penales o la comisión de un nuevo delito, no es suficiente para determinar o probar la peligrosidad del sujeto (reincidente) lo que significaría volver al derecho penal de autor en contraposición al derecho penal de acto.

Palabras clave: Reincidencia, Circunstancia agravante calificada, Determinación judicial de la pena, Expansionismo penal, Derecho Penal del Enemigo.

ABSTRACT

The purpose of this investigation was to determine the relationship between criminal expansionism and recidivism as a qualified aggravating circumstance for the judicial determination of punishment in the Peruvian legal system; for which a dogmatic legal research was carried out and by its nature it was qualitative; The documentary technique, content analysis, theory of triangulation of theories and legal argumentation were used. Taking as results that these institutions have been object of modifying constants evidencing the expression of the expansionist wave of Criminal Law. Concluding that: That the configuration and application of recidivism in criminal law brings with it violations of fundamental principles enshrined in our constitution, this would also violate the principle of ne bis in idem by conducting a double appraisal of the previous act to aggravate the penalty above the maximum end of the criminal type. That, the recidivism to be a qualifying circumstance aggravating, which implies imposing a pain over the maximum end provided by the criminal type to meet the social purposes and instrumentalizing the human being; is to violate the dignity of the human being. And that taking criminal records or the commission of a new crime is not enough to determine or prove the dangerousness of the subject (recidivist) which would mean returning to the criminal law of the author as opposed to the criminal law of the act.

Key Words: Recidivism, qualified aggravating circumstance, judicial determination of punishment, criminal expansionism, criminal law of the enemy.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los existentes, que puede enclavarse en el marco general de la restricción o la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal.

Dicho expansionismo penal se concreta en: Creación de nuevos bienes jurídicos-penales, Ampliación de los espacios de riesgos jurídico penalmente relevantes, Flexibilización de las reglas de imputación, restricción de las garantías penales, entre otros. Esta relativización de los principios político-criminales de garantía se proyectan a una clara tendencia hacia un desorbitado expansionismo que se manifiesta en diversos niveles de preocupación garantista y científica.

Y dos pueden ser, sin embargo, en síntesis, los pilares en los que se asientan los criterios que conducen al expansionismo y que muestran una novedosa coincidencia entre los diferentes agentes sociales: Por un lado, la inclinación de los aparatos de poder hacia el Derecho Penal como solución fácil y poco costosa a los problemas de conflictividad social que se producen en sus Estados. Y por otro, el propio modelo social que se está desarrollando, en el que los ciudadanos ven al Derecho penal también como instrumento necesario y adecuado para acabar, o al menos, oscurecer sus problemas, lo que les lleva a no reparar su excesiva utilización sino, incluso, a exigirla

El panorama legislativo actual, lleva a algunos ideólogos del Derecho Penal a afirmar que ante las dudas de viabilidad de una verdadera “Teoría del Derecho Penal Mínimo” habrá que contentarse con aspirar a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos.

En consecuencia, es real el diagnóstico que en los últimos años ha realizado la doctrina respecto a la tarea legislativa y la aplicación judicial, encontrando en ellas una tendencia¹ a ampliar o expandir los tipos delictivos; retornando al ordenamiento jurídico penal las figuras contravencionales además de los delitos; otra arista del fenómeno: la relajación de garantías político criminales, procesales y de imputación; así como el recrudecimiento de los marcos punitivos y el recurso al Derecho penal como generador de directrices sociales. A este fenómeno se le denomina la expansión o modernización del Derecho penal, y tiene un innegable carácter global.²

Nuestro objetivo no es agregar nada a lo ya dicho por la doctrina penal, que por lo demás ya es más que suficiente, sino más bien lo que se pretende aquí es llamar la atención sobre las limitaciones del concepto “expansión” (del derecho penal), en cuanto a la supuesta novedad de su utilización y a los alcances del mismo. Ello y en parte porque prácticamente no se ha reparado en la existencia previa de un concepto manejado por la doctrina penal hace un buen tiempo y que, según

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006). *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Segunda Edición. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, p. 5.

² GRACIA MARTÍN, Luís (2006). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Editorial Tirant Lo Blanch, Alternativa. Valencia, pp. 89-90.

nuestro juicio, cubría sobradamente los requerimientos significativos de la “expansión”, como lo es el concepto de “inflación” (penal).

Ello ha hecho que el concepto “expansión” del derecho penal, entre a disputar el campo conceptual del concepto “inflación” penal, con resultados un tanto insatisfactorios, y que trae aparejado algunos problemas metodológicos generales.

Frente a la actual tendencia lo primero que ha de determinarse es su alcance. Con ello se alude a las dimensiones sobre las cuales ha de moverse. En ese sentido, señala Gracia Martín que la modernización del Derecho penal supone una reforma cuantitativa o formal³ distinguida por la inclusión de nuevos tipos como consecuencia de una escisión material⁴ con el derecho penal decimonónico, al enfocarse ésta en la lucha por la apropiación del discurso sobre la criminalidad que en manos de la burguesía liberal había permanecido por fuera del ordenamiento jurídico penal.⁵ Lo anterior se hace con el fundamento metodológico del concepto de modernidad entendida como ruptura.

Así, para el autor el proceso de modernización no supondría una dimensión cualitativa ya que si lo que distingue al Derecho penal liberal es la lucha por el discurso burgués y no el ámbito de las garantías, éstas jamás se verían puestas en peligro. Por el contrario, éste sugiere que la modernización implica la vigencia de cada una de las garantías del Estado de Derecho.⁶

³ “...el Derecho penal moderno se nos muestra como un fenómeno cuantitativo que tiene lugar y se desarrolla inicial y principalmente en la Parte Especial.” GRACIA MARTÍN, Luís. ob. cit., p. 57.

⁴ “Más importante, y decisiva, es la segunda condición, consistente en que los nuevos objetos o sus nuevas formas supongan una ruptura con la situación anterior, es decir, que se produzca una modificación substancial de la misma (aspecto material de la modernización).” GRACIA MARTÍN, Luís. ob. cit., p. 53.

⁵ “El proceso de modernización del Derecho penal puede –y debe– ser definido, por tanto, como “lucha” por el discurso de la criminalidad.” GRACIA MARTÍN, Luís. Ob. cit., pp. 189-190.

⁶ “Un reconocimiento de que la modernización del Derecho penal suponga una flexibilización de las garantías penales del Estado de Derecho sólo puede tener lugar, o bien a partir de una actitud epistemológica desvinculada y alejada de toda “voluntad de saber”, a la que normalmente acompaña

Así mismo, el derecho penal como un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes, a partir de este criterio, justifica a que la expansión del derecho penal obedezca, de algún modo, a la aparición de nuevos bienes jurídicos, de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal.

Son diversos los resultados de los debates al respecto de la tan nombrada expansión del derecho penal, por un lado, la excesiva propensión expansiva del moderno derecho penal el cual busca la protección de bienes jurídicos colectivos o supra individuales y se aleja de la protección exclusiva de bienes jurídicos individuales o personales.

Por otro lado, se considera que este expansionismo penal limita el ámbito de libertad del individuo, rompiendo el principio de intervención mínima del derecho penal. Además de que esta tendencia evidentemente está substituyendo al principio de bien jurídico por el de proporcionalidad, buscando con ello una evidente auto legitimación.

Por otro lado, en ese contexto, el reincidente es tratado y concebido como enemigo. El “Derecho penal del enemigo” es uno de los temas más abordados en los últimos años, cuyo planteamiento inicial en el campo del Derecho penal lo hizo Günther Jakobs. Es cierto que la descripción⁷ (para muchos “justificación”) que él

una ideología conservadora y reaccionaria, o bien –y de acuerdo con una frase del lenguaje cotidiano- cuando se confunde la velocidad con el movimiento.”. GRACIA MARTÍN, ob. cit., p. 157.

⁷ Cfr. JAKOBS, Günther (2006). “¿Derecho penal del enemigo?: Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad” (trad. Cancio Meliá), en: RPDJP, N° 7, Perú. 2006, p. 279. El autor sostiene que “no es mi propósito convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino el de describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quién atribuirá en el futuro ese papel. No se trata de crear normas, mucho menos de postulados políticos, sino de llevar a cabo constataciones, y de sus prolongaciones hacia el futuro”.

hace del concepto “Derecho penal del enemigo” ha sido objeto de crítica por un amplio sector de la doctrina⁸ y por el propio TC peruano⁹, lo indiscutible es que explica una realidad normativa innegable: aquella que se caracteriza por excluir (mediante la imposición de medidas duras de corte penal material, procesal y penitenciario) a quien por propia decisión se aleja del sistema, convirtiendo al “enemigo” en una mera fuente de peligro que amenaza la normal convivencia social.

Para Jakobs, principal ponente de esta tendencia, realiza una elaboración que dota de contenido al “Derecho penal del enemigo”, distinguiéndolo del Derecho penal del ciudadano. Para el mencionado jurista alemán, aquel que, por principio, o de manera permanente o sostenida, se comporta de modo desviado, en contra del ordenamiento jurídico, no ofrece garantía de conducirse como persona. Por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como “enemigo”.

Dicho con otras palabras, según esta posición, el Estado moderno ve al autor de un delito no como un “enemigo” a destruir sino como ciudadano que ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico (o dañado la vigencia de la norma en la concepción de Jakobs). Hasta aquí no existe discusión alguna respecto a la legitimidad de la reacción estatal, siempre y cuando el autor ofrezca, a pesar de su hecho disvalioso, garantías de que se comportará como ciudadano que actúa fielmente en relación con el ordenamiento jurídico. El punto de inflexión radica en aquellos individuos que no ofrecen las garantías mencionadas por su abierto y

⁸ Respecto a los argumentos que lo sustentan y cuestionan, vid. ALCÓCER POVIS, Eduardo (2009). *La inclusión del enemigo al Derecho penal*. Editorial Reforma, Lima, pp. 62-69.

⁹ STC N° 003-2005-PI/TC y N° 0014-2006-PI/TC. En estas sentencias el TC peruano cuestionó la legitimidad de esta forma de reacción penal ante un determinado tipo de criminalidad.

quizás permanente enfrentamiento contra el orden existente. A ellos, se les va a denominar “enemigos” o “no personas” (en términos funcionales). En este caso, la sociedad espera que el Estado responda de manera más grave¹⁰.

En ese sentido, tratar al reincidente como persona, implica que es impensable que el Estado tenga la prerrogativa de anular la personalidad jurídica a un agente social-reincidente, en un estado social democrático de derecho esta idea es una aberración, los derechos fundamentales son piedra angular del derecho, sobre todo del derecho penal que se ve legitimado y a la vez delimitado por estos derechos. El agente social que nace dentro de una sociedad determinada es miembro de ella, tiene el derecho de ejercer su libertad como le parezca y, en consecuencia, es responsable de cualquier prerrogativa extra dentro de su ámbito de organización.

Por los mencionados motivos no podría, jamás, dejar de ser persona, ya que, el pacto social protege al agente social y a los demás miembros de la sociedad de ataques a esferas jurídicas personalísimas, pero también nos protege del mismo Estado; visto como el gran Leviatán protector de la sociedad y de la libertad. Así que es inadmisibles que por reincidencia se castigue con una pena mayor o se desconozca la personalidad del agente social infractor.

Mientras que el reincidente como enfermo, implica ser tratado como un agente social que es un enfermo incurable, que no puede relacionarse en el tráfico, no es garante de ser motivado por las expectativas normativas y todas sus conductas son contrarias a la norma y comunican imponer sanciones.

¹⁰ POLAINO-ORTS, Miguel (2008). “*La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer*”, en: Indret, p. 19. Disponible: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124291>: “Ese tratamiento del sujeto peligroso como enemigo no es propio de Estados autoritarios, sino que constituye el único medio para proteger democráticamente, con un mínimo de eficacia y siguiendo un principio de proporcionalidad, a los ciudadanos”.

Así, la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el agente social ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de un delito doloso anterior; en el caso de nuestro ordenamiento jurídico se acepta la reincidencia. Algunos autores señalan a la reincidencia como una circunstancia atenuante, observando criterios de selectividad, donde, los menos favorecidos por el sistema son seleccionados para que se les aplique el derecho penal, por ese motivo la reincidencia sería una circunstancia atenuante para futuros casos, porque ya operó sobre ellos la selectividad; esta corriente no es aceptada en nuestro país.

Doctrinalmente se distingue entre reincidencia genérica que se origina cuando un mismo agente social “recae” en un delito, nuevamente, sin importar la distinta naturaleza del delito anteriormente cometido y por el contrario la reincidencia específica se origina cuando la “recaída” se produce en un delito de la misma especie. También se clasifica en reincidencia ficta en la cual únicamente basta la condena anterior y es reincidencia real si el delincuente ha sufrido la pena. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado.

Frente al problema planteado nos formulamos las siguientes interrogantes de investigación: **Problema general:** ¿Qué tipo de relación existe entre el expansionismo penal y la reincidencia como circunstancia agravante cualificada para la determinación de la pena y su relación con en el ordenamiento jurídico peruano? Y como **problemas específicos:** ¿Cuáles han sido los motivos de la regulación y evolución legislativa de la reincidencia en el ordenamiento jurídico peruano?, ¿Por qué la reincidencia se constituye una manifestación del expansionismo en el penal en el ordenamiento jurídico peruano?, ¿Cuáles son las

manifestaciones del expansionismo penal para justificar la reincidencia como circunstancia agravante cualificada para la determinación judicial de la pena? y ¿Cuáles son los cuestionamientos a la figura de la reincidencia como circunstancia agravante cualificada para la determinación judicial de la pena?

Por ello que de acuerdo al Reglamento Académicos de la EPG de la UNASAM el trabajo de investigación ha sido estructurado de la siguiente manera:

La introducción que explica la importancia de la investigación y algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos.

Luego se desarrolla el **marco teórico**, que comprendió el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justificaron el problema de investigación y por otro lado dar sustento y justificación al trabajo de investigación, enfocados en los fundamentos teóricos doctrinales.

Asimismo, comprendió el desarrollo de la **metodología**, que involucro: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de investigación, empleándose los métodos y técnicas de la investigación cualitativa y dogmática jurídica.

Los resultados, por la naturaleza de la investigación están relacionado a las aspectos doctrinales, normativos y jurisprudenciales, y determinar las posiciones dogmáticas sobre los problemas de investigación planteados, determinando los alcances y limitaciones de la regulación normativa y los argumentos jurisprudenciales sobre el problema de investigación planteado.

Luego se procedió a la discusión, a través de una apreciación crítica y los cuestionamientos sobre los problemas planteados a la luz de los postulados de la doctrina o dogmática penal y jurisprudencia penal. Por último, se incluyen, finalmente las conclusiones al que se han arribado, las recomendaciones del caso, y las referencias bibliográficas citadas y consultadas en el proceso de investigación.

Objetivos

Objetivo general

Determinar la relación existente entre el expansionismo y la reincidencia como circunstancia agravante calificada para la determinación judicial de la pena en el ordenamiento jurídico peruano.

Objetivos específicos

- a) Describir los motivos de la regulación y evolución legislativa de la reincidencia en el ordenamiento jurídico peruano.
- b) Analizar por qué la reincidencia se constituye en una manifestación del expansionismo en el penal en el ordenamiento jurídico peruano.

- c) Identificar las manifestaciones del expansionismo penal para justificar a la reincidencia como circunstancia agravante calificada para la determinación judicial de la pena.
- d) Explicar los cuestionamientos a la figura de la reincidencia como circunstancia agravante calificada para la determinación judicial de la pena.

Hipótesis

Entre el expansionismo penal y la reincidencia como circunstancia agravante calificada para la determinación judicial de la pena existe una relación directa y predeterminada por la ola expansionista del Derecho Penal, el reprimir con mayor severidad dichas conductas, y la afectación de los principios constitucionales.

1.3. Variables

V. Independiente: El expansionismo penal

Variable dependiente: La reincidencia como circunstancia agravante calificada para la determinación de la pena

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Revisado las tesis sustentadas en la EPG-UNASAM y de otras universidades de nuestra región, nacionales como internacionales; por medio del recurso del internet, se han podido encontrar los siguientes trabajos:

Katia Evelyn Diaz Muñoz (2018). “Necesidad de clasificar las atenuantes privilegiadas para una correcta determinación judicial de la pena en el código penal peruano”. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz. En la presente investigación trata sobre la necesidad de clasificar las atenuantes Privilegiadas en el Código Penal Peruano. La determinación de la pena, así como sus fundamentos y fases, constituye uno de los temas de mayor relevancia en nuestro ámbito jurídico penal ya que, luego de determinarse la comisión de un ilícito penal así como la participación del sujeto imputado y su responsabilidad en el mismo, el juez que conoce de un determinado ilícito, se encuentra en la obligación de definir de modo cualitativo y cuantitativo, e incluso bajo ciertos presupuestos, la sanción que corresponde aplicar a ese autor o partícipe de un hecho punible, ello atendiendo al debido proceso penal respetuoso de los mandatos constitucionales, debiendo evitar caer en arbitrariedades dado que en todo proceso penal lo que está en juego es la libertad personal del individuo. Existen muchos factores que se concretan en las reglas de determinación de la pena que han de ser tenidos en cuenta por los Jueces y Tribunales al momento de imponer las penas, pero con respecto al art. 45 A inc. 3 C (...) En los casos de concurrencia

de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

García Valdiviano Diosmelinda Yonayda (2018). “La inducción al voto y su afectación a los principios de última ratio y ne bis in idem en el Perú”. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz. El Informe Final de la presente Tesis trata sobre: —La inducción al voto y su afectación a los principios de ultima ratio y ne bis in ídem en el Perú, materia que se encuentra enmarcado en las ramas del Derecho Penal y su propósito se enmarca en el análisis de la teoría general del delito teniendo en consideración los principios constitucionales garantistas en un derecho penal democrático. Es así que se investigó la explicación del problema planteado, así mismo se plantea un Estudio mediante metodología de una Investigación dogmática-Jurídica, ya que se evaluó las diversas teorías jurídicas penales, principios y reglas sobre la teoría general del delito. Ello nos llevará a establecer la influencia que tiene el fenómeno jurídico de la inducción al voto, estableciendo conclusiones y recomendaciones que incidan sobre principios y reglas que se utilizan para establecer su repercusión sobre los principios garantistas tales como última ratio y ne bis in ídem.

Sánchez Torres, Alexander Germán (2018). “La legitimidad de la reincidencia como agravante genérica de la pena”. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. El presente trabajo busca discutir la naturaleza jurídica de la reincidencia, para demostrar que dicha agravante genérica no se aleja de un modelo acorde con los principios del Derecho Penal material y respeto de los derechos fundamentales

propios de un Estado Social y Democrático de Derecho, como declara ser el Perú. Asimismo, resulta legítima la mayor sanción impuesta al sujeto reincidente, pero dentro de la pena abstracta, pues se desvalora la mayor culpabilidad, sin desconocer los principios de ne bis in ídem, culpabilidad y proporcionalidad.

Ramírez Hermosilla, Tomás (2012). Tesis titulada: “Análisis crítico del derecho penal del enemigo”, Facultad de Derecho - Departamento de Ciencias Penales, Memoria para optar la licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, donde plantea que: Este trabajo está estructurado, básicamente, en torno a dos preguntas relativas a la comprensión del Derecho penal, desde la perspectiva del funcionalismo radical de Günther Jakobs. Ambas preguntas, a su vez, están centradas desde el punto de vista de una de sus tesis más polémicas: el “Derecho penal del enemigo”. Entiende el funcionalismo, en términos generales, como una corriente teórica que analiza las instituciones sociales desde el punto de vista de su función social, como medios desarrollados para la satisfacción de necesidades biológicas y culturales.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Fundamentos del expansionismo penal

2.2.1.1. El expansionismo penal

En los últimos años, quizá de modo más agudo en Perú, somos testigos de un crecimiento en los índices de criminalidad y el esfuerzo de los Estados para disminuir este fenómeno se da acudiendo, con mayor incidencia, al Derecho penal. Pues no sólo se generan nuevos tipos penales, por parte del legislador, sino que

nosotros mismos muchas veces, o nuestros familiares, hemos sido víctimas de algún delito. Es este panorama el que genera un ambiente general de inseguridad, frente al cual los Estados se encuentran en la obligación de elaborar y aplicar políticas que puedan remediar esta situación.

Es así que, a nivel internacional, desde el Derecho penal se busca una respuesta para hacer frente a este crecimiento de la delincuencia acudiendo para ello al Derecho penal de modo más constante. Esto en doctrina se ha denominado como la expansión del Derecho penal¹¹ o simplemente la búsqueda de un sistema represivo apropiado¹². Y este fenómeno expansivo ha tenido sus vertientes más saltantes en lo que se ha denominado el Derecho penal simbólico y Derecho penal punitivista¹³, esto quiere decir que los Estados buscan solucionar el fenómeno de la criminalidad a través del establecimiento de nuevos delitos (Simbolismo) y además por medio de la elevación de penas en los delitos ya existentes (Punitivismo).

2.2.1.2. Derecho Penal del Enemigo como fundamento del expansionismo penal

En su obra “Derecho Penal del Enemigo”, publicada en el 2003¹⁴, el profesor Günther Jakobs señala que, no es el primero en plantear la existencia de los

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Editorial J.M Bosch editor, Barcelona, p. 14 y ss.

¹² HURTADO POZO, José (2005). *Derecho Penal-Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima, p. 81.

¹³ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, p. 62.

¹⁴ Para un bien documentado e idóneo análisis de la evolución de este pensamiento desde su proclamación en 1985, hasta sus recientes re-planteamientos véase POLAINO-ORTS, Miguel (2006). *Derecho Penal del Enemigo: Desmitificación de un concepto*, Editorial Grijley, Lima.

“enemigos” de la sociedad, a quienes no hay que regular con el Derecho, sino a quienes hay que combatir con la coacción¹⁵.

En ese sentido, cita a Rousseau quien afirmó: “al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano¹⁶”; asimismo, cita a Fichte: “quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos (...) a falta de personalidad, la ejecución criminal no es una pena, sino sólo instrumento de seguridad¹⁷”; y, finalmente cita a Kant: “quien no participa en la vida en un “estado comunitario-legal” debe irse, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede “tratar”, como anota expresamente Kant, “como un enemigo (...) a quien me amenaza constantemente”¹⁸.

En el sentido expuesto, salta a la vista que Jakobs se basa para fundar su teoría en la filosofía política de las teorías contractualistas del Estado, por ello, quien no cumple con el contrato social – en términos funcionalistas quien no se conduce conforme a la vigencia de las normas penales de manera constante – debería ser tratado como un no ciudadano; es decir como un enemigo. Más adelante veremos las implicancias de esta categorización.

Asimismo, cabe precisar que el Derecho Penal del Enemigo no sólo se basaría en las ideas que cita Jakobs, sino que, como lo pone de relieve Demetrio Crespo:

¹⁵ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. Ob. Cit., pp. 25-26.

¹⁶ Ibid. p. 27.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibid., p. 31.

“en la problemática del llamado Derecho penal del enemigo subyace una vieja discusión: la tensa relación entre libertad y seguridad. Esta contraposición básica se resuelve en el modelo del “Derecho penal del enemigo” unilateralmente a favor de ésta última, esta discusión constituye el alfa y el omega del Derecho Penal, punto de partida y punto de llegada de la mayor parte de las reflexiones que afectan a su evolución dogmática y/o político-criminal¹⁹.

En ese sentido, evoca nuestra memoria a García Caveró, quien advierte que en la teoría del delito se debe comprender que la persona lleva tanto un aspecto social como individual y no es posible ensombrecer alguno de estos aspectos, concluyendo el autor que, debemos ser tan críticos con Welzel por centrarse sólo en el aspecto individual de la persona, así como con Jakobs por enfocarse exclusivamente en el aspecto social²⁰.

2.2.1.3. La solución de Jakobs frente a los “enemigos”

Para el profesor alemán, Jakobs, el fenómeno de la creciente criminalidad tiene sus puntos más agudos en cierta clase de delitos como son la criminalidad económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, y los delitos sexuales; por ello, las personas que cometen esta clase de delitos, de modo manifiesto se han apartado, probablemente de manera duradera, de actuar conforme al Derecho²¹. En consecuencia, este alejamiento para Jakobs pone en peligro no sólo a un grupo de

¹⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (2006). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol.1, Editorial Edisofer, Buenos Aires, pp. 473 y ss.

²⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. (2008). *Lecciones de Derecho Penal-Parte General*. Editorial Grijley, Lima, p. 272.

²¹ *Ibíd.*, p. 39.

personas, sino a la sociedad en su conjunto, y en consecuencia se pone en tela de juicio el derecho a la seguridad de todas las personas²².

En el sentido expuesto, es tal la afectación a la sociedad que se genera por la continua comisión de los delitos señalados, por parte de los mismos sujetos, que Jakobs propone suprimir la condición de personas en dichos delincuentes y, no sólo denominarlos, sino tratarlos como verdaderos enemigos de la sociedad a quienes hay que eliminar, en tanto representan un peligro, mediante la coacción²³ y no regularlos mediante el Derecho, como se haría con cualquier persona.

Pero la argumentación de Jakobs no queda allí, pues propone que estos mecanismos deben ser aplicados contra estos enemigos antes de que destruyan el ordenamiento jurídico, esto es, el enemigo es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad²⁴.

2.2.1.4. Características del Derecho Penal del Enemigo

En el sentido expuesto, tres serían las características que Jakobs propone para el Derecho penal del enemigo: 1. La punibilidad del Derecho Penal es respecto a hechos futuros; 2. Las penas son desproporcionalmente altas; 3. Garantías Procesales son relativizadas e incluso suprimidas²⁵. A estas características Cancio Meliá agrega dos más: el castigo con fines puramente simbólicos de comportamientos que no generan ningún peligro (que no es más que un desarrollo

²² JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. Ob. Cit., p. 32.

²³ *Ibíd.* pp. 25-26.

²⁴ *Ibíd.* p. 43

²⁵ *Ibíd.* p. 80-81.

del primer rasgo destacado por Jakobs) y el recurso a cláusulas generales o indeterminadas en los tipos penales²⁶.

Asimismo, el profesor Luis Gracia Martín señala una característica más en determinadas regulaciones del Derecho penitenciario que endurecen las condiciones de clasificación de los internos²⁷, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional²⁸. Por ello, se destaca la naturaleza del Derecho penal del enemigo, la cual nos lleva a intuir que este mecanismo puede estar siendo empleado inclusive en nuestra propia legislación en materia penal²⁹.

2.2.1.4. La recepción de la teoría en la doctrina penal.

A. Derecho Penal del Enemigo como Derecho Penal de Autor³⁰.

Antes de emprendernos en el presente trabajo, estábamos convencidos de que ya había quedado atrás el Derecho penal de autor, en tanto este sistema de sanción penal se basa en el criterio del tipo de autor, en función del cual se sanciona a determinadas personas por ciertos rasgos personales o psicológicos que le hacen proclive a ser considerado “socialmente peligroso” (v.gr. tipo criminológico de

²⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit. pp. 4-5.

²⁷ FARALDO CABANA, Patricia y BRANDARIZ GARCIA, Jose Angel. (2004). *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 310; Vid., GRACIA MARTÍN, Luis (2005). “*Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo*”. Disponible en sitio web: <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 11 (consultado el 20 de febrero del 2018).

²⁸ *Ibíd.* p. 11.

²⁹ GARCÍA CAVERO, Percy (2006). *¿Existe y debe existir un Derecho Penal del Enemigo?*. Editorial Marcial, Madrid, p. 7 y ss.

³⁰ Recordemos que nuestro ordenamiento jurídico penal se adscribe al sistema del Derecho Penal de Hecho o de acto y no al de autor, por ello el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal se establece: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”.

violador, estafador, asesino, reincidente, etc.)³¹. Es decir en este sistema penal no se te sanciona por la acción que has cometido y en tanto haz lesionado un bien jurídico, sino se te sanciona por la personalidad especialmente peligrosa que representas, y es por ello que el Derecho penal de autor, alarmantemente, no han quedado en el pasado.

Por ello, no le falta razón a Cancio Meliá cuando señala que el Derecho Penal del Enemigo es el resurgimiento de un Derecho penal de autor en tanto la regulación tiene, desde un principio, una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos -los “enemigos”- más que en la definición de un “hecho”³²; en el mismo sentido se expresa Demetrio Crespo para quien el llamado “Derecho Penal del enemigo”, fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandonando el principio básico del Derecho Penal del hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como “derecho penal de autor”³³.

Con todo lo expuesto en este apartado, desde Cancio Meliá, el Derecho penal del enemigo no sólo cruza la frontera hacia un Derecho penal de autor, sino que no es una solución idónea pues, la mayor desautorización que puede corresponder a los enemigos es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un

³¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel (2008). *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Grijley, Lima, p. 208.

³² JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. ob. cit., p. 101.

³³ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, citado por CANCIO Meliá, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ob. cit., pp. 473-509.

acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor³⁴.

En ese sentido, la idea expuesta por el penalista Cancio Meliá es brillante, pues, si se aplicasen sanciones tan severas que implicaran una despersonalización de algunos tipos de delincuentes, el efecto que se lograría sería darle un mayor impacto a su delito y otorgarle un mayor estatus delictual, si cabe el término, en tanto se reconocería que sus acciones son tan peligrosas que ponen en peligro elementos esenciales de la configuración social, por tanto lo correcto sería afirmar que su actuar no es un atentado que destruirá la sociedad – pues tal vez esa es la finalidad de su accionar, por ejemplo cuando se trata de “terroristas” – sino sólo dar a conocer su comisión como un delito que debe ser sancionado conforme al derecho penal y con ello actuar conforme al Derecho penal de Hecho que se encuentra acorde con el Estado de Derecho³⁵.

B. La eficacia del Derecho Penal del enemigo

El discurso del derecho penal del enemigo, como un *corsi e ricorsi*³⁶, propugna la severidad –o incluso la crueldad- de la actuación del Estado, a tal punto que se profesa suprimir la categoría de personas a determinados individuos en razón al peligro que representan. Pero esta idea –como lo señala Jakobs – no es reciente en la historia de la humanidad, pues debemos recordar el periodo precedente a la

³⁴ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. ob. cit., p. 98.

³⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. (2006). “*Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y Derecho Penal del Enemigo*”. En: BERNUZ BENÍTEZ, María José; PÉREZ, Ana Isabel (Coords.), La tensión entre libertad y seguridad, Universidad de la Rioja, España, p. 88.

³⁶ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis (1992). “*Corsi e ricorsi: La vuelta de Von Litz*”. En: VON LIZT, Franz. “La idea de fin en el Derecho Penal”, Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Valparaíso de Chile - México, p. 125.

Ilustración, donde el Derecho penal era tan duro que se imponía la pena de muerte incluso para el delito de hurto³⁷. Claro que, esto no ha quedado atrás pues la pena de muerte sigue vigente y se aplica por ejemplo en Estados Unidos. Pero frente a ello, cabe preguntarnos, ¿realmente se soluciona el crecimiento de la delincuencia acudiendo a estas y otras soluciones?

No es la primera vez que se acude a manifestaciones como el Derecho Penal del Enemigo, y por ello, tenemos el dato histórico de que este tipo de acciones no son la solución al crecimiento de la criminalidad, pues ya desde la Ilustración conocemos que en los países donde las penas son leves, éstas impresionan el espíritu del ciudadano del mismo modo que las graves en otros lugares³⁸. Es decir que, no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas, el principal freno a los delitos³⁹.

En ese sentido, este recrudecimiento del Derecho Penal no sólo fue ineficaz en la antigüedad, sino que también lo es en nuestros tiempos, pues los estudios empíricos actuales demuestran que no existe una correlación significativa entre la severidad de las penas y la disminución de la criminalidad⁴⁰. Por ello, consideramos que tampoco es la solución en nuestro país, más aún si el endurecimiento, no sólo de las sanciones, sino de las condiciones penitenciarias es una práctica que se

³⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). *La Filosofía Penal de la Ilustración*. Editorial Palestra, Lima, p. 282.

³⁸ MONTESQUIEU, Charles (1748). *Del espíritu de las leyes*. Editorial Tecnos, Madrid, p. 105.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi (2011). “Derecho Penal y Estado de Derecho”. En: *Gaceta Penal*, N°. 20, febrero, Lima, p. 45.

⁴⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2001). *Política criminal*. Editorial Alianza, 5ta reimpresión, Madrid, p. 40. Asimismo, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (1999). *Tratado de criminología*. 2da Edición, Editorial Civitas, Valencia, p. 224.

efectúa hace mucho tiempo⁴¹ y no vemos que la delincuencia disminuya, sino parece estar en aumento.

Y es frente a este alarmante aumento que – no sólo desde el discurso del ejecutivo, sino a través de modificatorias constantes en el Código Penal – que se ha estado empleando al Derecho Penal como principal instrumento de combate al crimen, esto es agravando penas, recrudesciendo el sistema penitenciario e incluso generando nuevos tipos penales; y, sin embargo, la estadística criminal nos da una señal objetiva de que este mecanismo no ha sido capaz de frenar este crecimiento delictivo, pues el Ministerio Público ha registrado un total 1'088,489 delitos en 30 distritos judiciales entre el 01 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, siendo que en el año 2008 se reportaron 289,338 delitos, incrementándose en el 2009 a 371,527 y en 2010 a 427, 624; es decir, en el 2009 se produjo un incremento de 28.4% en comparación con el 2008, mientras que en el 2010 la incidencia delictiva se incrementó en 15.1% respecto al año anterior⁴². Y todas estas cifras no hacen sino mostrar la ineficacia del Derecho penal del enemigo.

Por las razones expuestas, se evidencia que acudir al Derecho Penal del enemigo no es la mejor de las soluciones y por tanto, al efectuar un análisis económico del Derecho Penal del enemigo se llega a la conclusión de que es inviable su aplicación, en tanto no representa un beneficio, pues a través del análisis económico se traslada al derecho, desde el mundo de los conceptos, a la realidad; simplificando las expectativas de las personas a un razonamiento costo-beneficio.

⁴¹ GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., p. 115.

⁴² MINISTERIO PÚBLICO (2011). *El crimen y la violencia en cifras*. Observatorio de Criminalidad, Fiscalía de la Nación, Lima. p. 5.

En ese orden de ideas, redactar una ley o preparar una sentencia, son actos, respecto de los cuales, los ciudadanos necesitamos saber cómo influirán en la sociedad⁴³. Y en el caso del Derecho penal del enemigo, objetivamente, podemos afirmar que no es eficaz frente al crecimiento de la criminalidad.

2.2.1.5. La política criminal en el marco del Derecho penal del enemigo

Una de las características actuales⁴⁴ del Derecho Penal - y por tanto de la política criminal de la que es tributario - consiste en su tendencia expansionista. En efecto, como lo sugiere Cancio Meliá, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución de las legislaciones penales del mundo occidental es la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, ello acompañado de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.⁴⁵

Los rasgos centrales de dicha inclinación serían entre otros: la administrativización del Derecho Penal, esto es la reglamentación de nuevos sectores de la vida social eludiendo flagrantemente el principio de legalidad a través de la creación de delitos y penas por vía administrativa, la globalización del Derecho Penal, en tanto genera la intención de una persecución supranacional de la

⁴³ BULLARD, Alfredo (2003). *Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales*. Editorial Palestra, Lima, p. 37.

⁴⁴ PORTILLAS CONTRERAS, Guillermo. (2004). “*Fundamentos Teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo*”. En: Revista Jueces para la Democracia, N° 49, Madrid, p. 43.

⁴⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel (2002). “*Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO/2000*”. En: Revista Jueces para la Democracia, N° 44, Madrid, p. 19.

criminalidad de igual alcance, y la progresiva deconstrucción del paradigma liberal del Derecho Penal.⁴⁶

Tal fenómeno, en el plano teórico, se traduce en un debate sobre la legitimidad del actual Derecho Penal marcado por una aparente dialéctica entre reduccionismo versus expansión en el cual las corrientes expansionistas se ven imbuidas por dos paradigmas a nivel de política criminal; el Derecho Penal Simbólico y un renovado punitivismo.⁴⁷

La compleja rúbrica Derecho Penal del Enemigo¹² se construye a partir de una previa distinción estipulativa⁴⁸: la existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como ciudadanos y la de otros que han de ser estimados y tratados como enemigos. A partir de ella, propone la configuración y vigencia de secciones del Derecho Penal inspiradas en paradigmas diversos. Una de ellas, el Derecho Penal del Ciudadano, define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su status de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculados a y por el Derecho.

La otra, el Derecho Penal del Enemigo, configura y castiga actos de aquellos que habrían sido cometidos por individuos que en su actitud, en su vida económica

⁴⁶ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Ob. Cit., p. 113.

⁴⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. (2006). “De nuevo ¿"Derecho Penal" del enemigo?”. En: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Editores), Derecho Penal de Enemigo, el discurso penal de la exclusión, Vol. 1, Editorial Edisofer, Madrid, p. 345.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. (2008). “El derecho penal del Enemigo y la disolución del Derecho Penal”. En: CARBONELL, Miguel (Editor), Luigi Ferrajoli: Democracia y Garantismo, Editorial Trotta, Madrid, p 236.

o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demostrarían este déficit por medio de su comportamiento⁴⁹.

2.2.2. Fundamentos de la reincidencia como agravante de la pena

2.2.1.1. Concepto

En su sentido literal, reincidir significa ‘recaer’ o ‘repetir’. En su sentido jurídico, el contenido de dicho concepto lo delinea el trabajo legislativo, por lo que debe acudir al Derecho positivo para entenderlo. No obstante, la doctrina ha ensayado definiciones de esta circunstancia agravante de la pena, en gran parte, influenciada por la legislación del país de origen de sus autores.

Por ejemplo, CEREZO MIR afirma que “en el lenguaje vulgar, reincidencia equivale a recaída en el delito, pero el concepto jurídico de reincidencia es más estricto, es preciso, para que se dé la agravante de reincidencia, que el sujeto, al tiempo de cometer el nuevo delito, hubiese sido condenado en sentencia firme por un delito anterior”⁵⁰.

MIR PUIG sostiene que la reincidencia es la comisión de una infracción penal por parte de quien, con anterioridad a ésta, ha sido condenado por otra infracción penal⁵¹.

⁴⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. ob. cit., p. 6.

⁵⁰ CEREZO MIR, José (2006). *Obras completas*. Tomo I, Ara Editores, Lima, p. 1025.

⁵¹ MIR PUIG, Santiago (1974). *La reincidencia en el Código Penal*. Editorial Bosch, Barcelona, p. 7.

ZAFFARONI “renuncia” a una definición⁵² y opta por una delimitación del objeto de análisis, entendiendo que “nos ocupa la problemática de las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito”⁵³.

FRISCH, por su parte, define a la reincidencia como la “comisión renovada del hecho pese a las advertencias previas realizadas”⁵⁴

En líneas generales, se afirma que es reincidente el sujeto que vuelve a realizar una conducta criminal después de habersele dictado en su contra una sentencia condenatoria definitiva.

2.2.1.2. Consideración acerca de los fundamentos de la reincidencia como agravante de la pena

2.2.1.2.1. El papel del injusto y la culpabilidad en el momento de la determinación judicial de la pena

⁵² ZAFFARONI, Eugenio (1992). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Monte Avila Editores, Caracas, p. 117. Sostiene que es difícil proporcionar un concepto satisfactorio de “reincidencia” a nivel internacional, dado que los esfuerzos que se realizan en este sentido, desde hace décadas, no resultan alentadores. Dicho autor afirma que “esta dificultad obedece a varias razones: a) Conspira contra una definición pacíficamente aceptada la disparidad de presupuestos exigidos en la legislación comparada, que da lugar a la clasificación más corriente entre genérica o específica y ficta o real. b) Esa misma disparidad y la incorporación legislativa de conceptos que implican a la reincidencia o que le son próximos (como la multirreincidencia, la habitualidad, la profesionalidad o la tendencia), hacen inevitable la parcial superposición con estos. c) Ocasionalmente, estos conceptos próximos y parcialmente superpuestos admiten hipótesis de reiteración, lo que confunde más las cosas al desdibujar los límites entre ésta y la reincidencia. d) Por último, los intereses científicos de los juristas y de los criminólogos no suelen coincidir en esta materia, por lo cual los objetos que focalizan son diferentes y, por ello, las delimitaciones conceptuales resultan dispares”.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, ob. cit., p. 117.

⁵⁴ FRISCH, Wolfgang (2014). *“Pena, delito y sistema del delito en transformación”*. (trad. Coca Vila), en *Indret* (3), España, p. 20. Disponible en: www.indret.com/pdf/1103.pdf.

La reincidencia es, en muchos países, una agravante de la pena. Como tal, se determina en el momento que el juez individualiza la sanción. Al respecto, y de modo general, se afirma que la determinación de la pena es un proceso amplio y complejo. Ésta tiene tres fases, la legislativa⁵⁵, la judicial⁵⁶ y la ejecutiva⁵⁷. En la etapa judicial, la pena se fija según las circunstancias⁵⁸ del caso concreto⁵⁹, conforme con el merecimiento y su necesidad⁶⁰.

⁵⁵ Es en la etapa legislativa cuando se fija, en abstracto, el tipo y el marco de pena. Es también donde se describen los criterios de medición de pena: los generales (permiten graduar la sanción dentro del marco punitivo previamente establecido) y los cualificados (permiten imponer una sanción fuera del marco de pena ya indicado). Según ZIFFER, el legislador intenta que la fórmula elegida para redactar el tipo penal comprenda en la forma más completa y precisa posible todas las valoraciones sociales sobre cierto hecho reprochable. Esto no sólo indica el rango de la norma, sino que en la fijación de los límites penales también quedan ya reflejadas cuáles son las necesidades de prevención general respecto de determinado delito. Cfr. ZIFFER, Patricia (1996). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 106-107.

⁵⁶ En los últimos tiempos, se han planteado diversas teorías a fin de orientar el poder discrecional del juez a la pena justa. Así, por mencionar unos ejemplos, en su momento se postuló un sistema dirigido a encontrar la pena puntual (pena exacta y supuestamente acorde con el grado de culpabilidad), se expuso un sistema diseñado para determinar la pena dentro de un “marco de culpabilidad” y un sistema que postuló establecer la pena en dos estadios (teoría del valor relativo). Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, ob. cit., pp. 234 y ss; ZIFFER, Patricia (1998). “*El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena*”, en RPCP (6), p. 860, España. CARO CORIA, Dino Carlos (2017). “*Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano*”, en <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/IJP-Carlos%20Caro.pdf>, pp. 2 y ss (última visita: 27 de abril de 2018); entre otros autores.

⁵⁷ En la etapa ejecutiva (otros la denominan “administrativa”), la aplicación de la pena está sujeta al control judicial y, en líneas generales, a los fines preventivos que se buscan con ella. Cfr. MIR PUIG, Santiago (2006). *Derecho penal. Parte General*, Editorial Tirant Lo Blanch, Barcelona, pp. 790-792.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN sostienen que las circunstancias son “situaciones que rodean (circum- stare: ‘estar alrededor’) a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Por tanto, su toma en consideración exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del delito con todos sus elementos”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2015). *Derecho penal. Parte General*. 9ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 480.

⁵⁹ Se afirma que la determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez, conforme con su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Pablo (2010). *Determinación judicial de la pena y Acuerdos Plenarios*. Editorial IDEMSA, Lima, pp. 183 y ss.

⁶⁰ Para el análisis que se lleva a cabo en este trabajo se asume una perspectiva ecléctica respecto al ámbito de estudio de las circunstancias (entendidas como factores accidentales de medición de pena): sitúo a las circunstancias en la teoría del delito por su capacidad para graduar el injusto culpable. Asimismo, las ubico en la teoría de la pena, porque coadyuvan a delinear la necesidad de la sanción. Respecto a las diversas posiciones que se han expuesto sobre el tema, cfr. OBREGÓN GARCÍA, Antonio (1998). *La atenuación de la pena. Sentido y regulación de la llamada atenuación*

En efecto, la pena se individualiza en atención a un análisis retrospectivo (el juez mira tanto el injusto cometido como la culpabilidad del autor) y prospectivo del hecho (el juez establece una pena acorde con los fines preventivos de la misma)⁶¹, dentro de los límites punitivos establecidos por el legislador⁶².

Más allá de que existen posiciones teóricas que postulan una mirada única o preferente a la culpabilidad al momento de cuantificar la sanción (postura fundada, entre otras razones, en la imposibilidad de alcanzar con la pena los fines preventivos)⁶³, lo cierto es que el Derecho penal no sólo debe proteger los intereses de una de las partes en el conflicto (la víctima), sino que también debe cumplir con su función social⁶⁴ de ordenación de conductas; a fin de que, a futuro, el mismo sujeto u otros no realicen hechos criminales.

La cantidad de pena impuesta debe cubrir esta doble expectativa, claro está,

extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, pp. 143 y ss.

⁶¹ ZIFFER, sostiene que la culpabilidad y prevención deben ser interpretadas como conceptos contrapuestos, “la una mirando al pasado y la otra, al futuro”. No obstante, dicha autora menciona que “la evolución de la teoría de la culpabilidad demuestra que no es posible una separación estricta de ambos conceptos”. ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, ob. cit., pp. 67 y 100.

⁶² Si bien no es posible exigir al juez una precisión absoluta en el momento de cuantificar la sanción penal (la decisión del juez siempre contiene un componente individual); sin embargo, sí resulta exigible a la autoridad que su decisión sea racional (correcta y suficientemente motivada), capaz de ser controlable.

⁶³ Existe un sector de la doctrina que renuncia a la idea del fin preventivo especial de la pena (producto de su “nulo” efecto resocializador, entre otras razones), como elemento esencial a tener en cuenta al momento de determinar judicialmente la sanción. Se afirma que la cuantificación de la pena está limitada a la culpabilidad y a la proporcionalidad del hecho delictivo. Cfr. VON HIRSCH, Andrew, Censurar y castigar (trad. Larrauri), Madrid 1998, pp. 150 y ss. De otro lado, FEIJÓO considera que la teoría de la proporcionalidad por el hecho carece del sustento de una teoría sobre la función social de la pena. Señala que “no es posible determinar la medida de la pena si ésta no se encuentra referida a un fin. La determinación o la individualización judicial de la pena no deja de ser una concreción de la teoría de los fines o de los criterios generales de legitimación de la pena”. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (2007). “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, en: InDret (1), España, pp. 7-8.

⁶⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho”, ob. cit., p. 8.

de modo relativo, pues “la exactitud en materia de determinación de la pena está muy lejos de ser alcanzada”⁶⁵.

Para cumplir esta tarea es importante que el juez tenga en cuenta, en el momento de medir la dosis de pena, entre otros factores, aquellas circunstancias que estrictamente no forman parte del injusto ni de la culpabilidad, pero que los afectan.

En este nivel, la mayor o menor cantidad de pena dependerá de la intensidad de aquellas. Por ejemplo, será razonable sustentar una sanción más grave en base a la valoración de los móviles execrables que tuvo el agente para cometer el hecho criminal o del uso de una violencia exacerbada en el momento de su ejecución⁶⁶. Con ello, se incrementará la posibilidad de que la respuesta penal por el hecho cometido no sea sólo justa, sino también necesaria.

Es gráfica la Ejecutoria vinculante emitida por la Corte Suprema del Perú en el R.N. N° 3864-2013-Junín, del 9 de septiembre de 2014, en la que se señaló lo siguiente: “La determinación judicial de la pena en su etapa de individualización de la pena concreta, define el estándar cualitativo y cuantitativo de la sanción que deberá cumplir el condenado sobre la base de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el caso sub iúdice y que permitirán identificar la mayor o menor gravedad del hecho punible cometido; así como la mayor o menor intensidad de la culpabilidad que alcanza a su autor o partícipe”.

⁶⁵ ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, ob. cit., p. 30: “Ninguno de los esfuerzos doctrinales realizados para dotarla de precisión matemática ha logrado avances decisivos en este aspecto”.

⁶⁶ ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, ob. cit., p. 107.

Las circunstancias del delito han sido definidas como “elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto” (Acuerdo Plenario N° 8-2009-CJ/116).

Las circunstancias son “factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave” (Acuerdo Plenario N° 1-2008-CJ/116). De esta manera, la Corte Suprema peruana considera que, en el momento de la individualización de la sanción, el injusto y la culpabilidad son analizados a fin de determinar su mayor o menor intensidad, según las circunstancias que acompañen al hecho.

Desde esta perspectiva, y como se pasará a explicar a continuación, es posible considerar a la reincidencia como una circunstancia que afecta la valoración del injusto y la culpabilidad en el momento de la cuantificación de la sanción⁶⁷. Además, dependerá de las características del nuevo hecho cometido para establecer la necesidad de una mayor intervención punitiva.

2.2.1.2.1. La reincidencia como expresión de un mayor injusto

A. El injusto

En principio, y de modo general⁶⁸, el injusto ha sido definido como la expresión

⁶⁷ Cfr. ALCOCER POVIS, Eduardo (2016). *La reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones dogmáticas y de política Criminal*. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, pp. 16-78.

⁶⁸ Para mayor profundización, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2001). *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Editorial J. M. Bosch, Barcelona, pp. 17 y ss.

de una conducta antinormativa⁶⁹. A través de la norma⁷⁰ el Derecho penal cumple un rol social: prevenir la realización de comportamientos que afecten o pongan en riesgo bienes jurídicos penales.

Por ello, podemos decir que la norma no es el fin del Derecho penal, sino un instrumento para la consecución de sus fines sociales⁷¹. Afirmar lo contrario sería adoptar un sistema penal acrítico o neutral ante los problemas de la comunidad (en esa medida, se descarta la concepción formal de bien jurídico entendido como la mera protección de la vigencia de la norma)⁷².

Con razón se afirma que, a través de las normas, el Derecho penal busca la evitación de conductas que afecten bienes jurídicos⁷³ entendidos como aquellos

⁶⁹ Con la Ley penal se establecen las normas dirigidas al ciudadano, que lo determinan a realizar o no comportamientos (normas de prohibición, mandato y permisión) bajo la amenaza de un mal (la pena). Sobre este tema y el carácter valorativo e imperativo de la norma, cfr. SEHER, Gerhard, “¿Puede ser ‘subsidiario’ el Derecho penal? Aporías de un principio ‘indiscutido’” (trad. Montiel), en ROBLES PLANAS, Ricardo (2012). *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Editorial Atelier, Barcelona, pp. 133 y ss; POLAINO NAVARRETE, Miguel (2000). *El injusto típico en la teoría del delito*. Editorial MAVE, Buenos Aires, pp. 84 y ss; GARCÍA CAVERO, Percy (2008). *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Editorial Grijley, Lima 2008, pp. 36 y ss; entre otros autores.

⁷⁰ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte General, ob. cit., p. 66: “Una norma jurídica es un mensaje prescriptivo –que prescribe una actuación determinada– expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados”.

⁷¹ ROBLES, con razón, señaló que en la obra “Aproximación al Derecho penal contemporáneo”, de SILVA SÁNCHEZ, se fusionó la idea de que la teoría de las normas no sólo es un instrumento dogmático en sentido clásico, sino también un “marco dogmático de las consideraciones político-criminales”. ROBLES PLANAS, Ricardo, “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, ob. cit., p. 21.

⁷² Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos (1997). “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo al funcionalismo sistémico de JAKOBS”, en Revista Themis (35), PUCP. p. 146: “Es común que en la doctrina se afirme que este autor [JAKOBS] renuncia al concepto de bien jurídico, lo cual es parcialmente inexacto si se entiende que no propone erradicar del vocabulario penal la expresión ‘bien jurídico’ y sustituirla por una mera concepción de lesividad social. JAKOBS, más bien, manifiesta su desconfianza hacia el bien jurídico, tal y como hasta ahora ha sido entendido, concluyendo que lo protegido por el Derecho penal es la vigencia de la norma jurídica”.

⁷³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, pp. 585-586: “[Las normas] son directivas de conducta, cuya misión es influir sobre los ciudadanos (mediante el mecanismo de la prevención general disuasoria), para que se abstengan de la realización de hechos delictivos”. Con respecto al ciudadano interesado en su seguridad, la norma supone “una fuente de orientación, una institucionalización de su expectativa”. POLAINO NAVARRETE,

valores⁷⁴ orientados a resguardar el desarrollo de la persona en la sociedad⁷⁵.

En esa medida, toda afectación al bien jurídico conlleva un daño al individuo (en sus posibilidades de participación en la comunidad) y a la sociedad (en tanto el delito conlleva un innegable menoscabo a los intereses comunes)⁷⁶.

Esta visión funcional de bien jurídico influye en la determinación de un concepto de injusto que permita garantizar su protección. Por ello, al injusto no se le debe concebir como una mera y pura infracción (formal) de la norma. El injusto, en sentido amplio, es también de resultado (caracterizado por la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos penales, aunado a los elementos subjetivos⁷⁷). De esta manera, se tiene un concepto que permite, entre otras cosas, desarrollar un sistema orientado a la prevención de delitos (a través de las normas) y a desaprobación la

Miguel, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?”, en CPC (93), 2007, pp. 37-38: “norma y bien jurídico no tienen por qué ser incompatibles, sino todo lo contrario: ambos se exigen mutuamente, de manera que la norma es la forma y el bien jurídico el contenido”.

⁷⁴ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte General, ob. cit., p. 174. Quien sostiene que el concepto de bien jurídico se funda en la relación dialéctica de la realidad con el valor. Además, hace una precisión señalando un ejemplo “el Derecho penal no ha de proteger el ‘valor vida’ en cuanto tal valor, sino las vidas concretas de los ciudadanos. Pero por supuesto que estas vidas reales no constituyen bienes jurídicos en cuanto meros datos biológicos, sino por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad”.

⁷⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2010). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Editorial B de F, Montevideo, pp. 431-432.

⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ob. cit., pp. 439-440 y 458-459: “Todo bien, para ser ‘jurídico’, requiere, pues, que los ataques contra el mismo se revelen como trascendentes en la esfera social en un sentido dañoso: si al Derecho en su conjunto, le competen funciones de protección social, éste sólo podrá intervenir en casos en que concurra la referida dañinidad social”. No es suficiente que una determinada “realidad” merezca la protección del Derecho penal. También debe evaluarse si dicha “realidad” necesita una respuesta penal. Asimismo, afirma POLAINO NAVARRETE que la pretensión de configurar técnicamente el concepto de tutela penal en conexión con las necesidades reales, “tanto de la naturaleza objetiva como de índole espiritual” es la orientación que se ha acreditado como la “más acertada a lo largo del proceso de la evolución histórico-dogmática de la doctrina del bien jurídico”. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, ob. cit., p. 497.

⁷⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ob. cit., pp. 626 y ss.

consecución de resultados antijurídicos.

En ese orden de ideas, para la configuración del injusto es necesario que la realización de la conducta criminal ocasione un daño no sólo normativo (defraudación de una expectativa normativa), sino también empírico (individual y social)⁷⁸. El juez debe tener en consideración ambos criterios, especialmente, al individualizar la sanción. Como ha mencionado SILVA SÁNCHEZ, en el marco de la individualización judicial de la pena es necesario “acoger un concepto real de injusto que incorpore, junto a la dimensión empírica, también la comunicativa (o de negación de la norma)”⁷⁹. De esta forma, se podrá desvalorar razonable y proporcionalmente el comportamiento delictivo y sus efectos, respectivamente.

B. El mayor injusto como fundamento de la reincidencia

Según esta teoría, se puede considerar que el delincuente reincidente vulnera, al cometer el nuevo hecho, dos tipos de normas, una que prohíbe u ordena realizar la conducta descrita en el tipo penal y otra que impone el deber de no incurrir en futuras infracciones penales⁸⁰. En otras palabras, con el nuevo delito

⁷⁸ Como menciona SILVA SÁNCHEZ, el sentido social completo del hecho conlleva valorar en su total dimensión la dañosidad social que se provoca con el comportamiento. Es decir, más allá de la dañosidad material (en el sentido de lesión del bien jurídico), también hay que tener en cuenta “la exacta medida de aquella dimensión de la dañosidad que tiene que ver tanto con la psique de la víctima como con la psicología social (daño intelectual del delito)”. Además, un injusto pleno supone considerar “la plena defraudación de la norma entendida simbólicamente como expectativa normativa de conducta (daño ideal o simbólico)”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2014). “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad”, en *InDret* (3), España, p. 7.

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2007). “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret* (2), España, p. 7.p. 11.

⁸⁰ Esta última norma ha sido descrita de la siguiente forma: “no debes dejar arraigar en ti la tendencia a cometer delitos”. Este mandato, llamado por algunos de carácter, es infringido ante la reiterada comisión de comportamientos criminales (reincidencia). En este caso, el agente infringe dos deberes a pesar de tener la “capacidad” de cumplirlos. Cfr. KAUFMANN, Armin (1977). *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática*. Editorial Dapalma, Buenos Aires.

cometido se provoca una doble lesión⁸¹: de una parte, una lesión inmediata al bien jurídico protegido por la norma infringida y, por otro lado, una lesión mediata de carácter político o social⁸²; o, como señala Manzini, un menoscabo “al entero orden jurídico”⁸³. En esa línea, PAWLIK sostiene que todo ciudadano tiene el deber de mantener “el estadio de juridicidad” en una sociedad⁸⁴. Sin embargo, “el autor que lesiona nuevamente una norma que ya ha sido dañada y debilitada, incumple su deber de cooperación de manera más grave”⁸⁵. Y es que, conforme a esta posición teórica, al reincidente se le debe imponer una pena más dura por haber menoscabado nuevamente “el proyecto de paz”⁸⁶ de una comunidad.

⁸¹ BENTHAM, Jeremías (18939). *Compendio de los Tratados de legislación civil y penal (trad., y notas de Escriche), tomo II, Madrid*, p. 6. Dicho autor explica que el mal de segundo orden que producen los delitos (alarma o temor social) es mayor o menor dependiendo de la presencia de determinadas circunstancias. Entre ellas, menciona a la gravedad del “mal de primer orden”.

⁸² CARRARA afirma que “el hecho de que el delito fuese cometido por un reincidente” se ocasiona un “daño mediato” (mayor sensación de inseguridad con relación al delito cometido por el delincuente primario), porque se aumenta “el temor de los buenos, viendo que la pena no sirve para frenar a los culpables; y aumenta el mal ejemplo, mostrando a los malvados el desprecio que tiene por la pena quien ha sufrido su rigor”. No obstante, señala que dicha idea requiere que el conocimiento de la reincidencia sea público, lo cual no sucede de modo frecuente. Por ello, postula que se tome en consideración, para fundamentar la agravante, un criterio constante: la insuficiencia relativa de la pena. En esa medida, ante el segundo hecho delictivo, se presume la mayor insensibilidad del reincidente, “en atención a la pena sufrida por primera vez”. Cfr. CARRARA, Francesco (1944). *Programa del curso de Derecho criminal. Parte General* (trad. Soler), tomo II, Buenos Aires, pp. 118-119. Disponible en: ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/.../francesco_carrara_tomo_2.pdf

⁸³ MANZINI sostiene que la agravante de reincidencia no está determinada por la alarma social que, como indica el autor, “muchas veces no se verifica en absoluto”, sino por la afectación al interés de mantener el orden jurídico penalmente protegido. No obstante, señala dicho autor que la reincidencia muestra la persistencia del agente en mantener “la voluntad antijurídica”. En esa medida, concluye que con la repetición delictiva no aumenta la gravedad objetiva del delito, sino la “imputabilidad psíquica”. Cfr. MANZINI, Vincenzo (1952), *Tratado de Derecho penal* (trad. Sentís Melendo), tomo 3, Editorial EIAR, Buenos Aires, p. 462. Disponible en: www.derechopenalened.com/libros/zaffaroni_tratado_iii.pdf

⁸⁴ PAWLIK sostiene que el injusto del delito radica en la lesión del deber del autor frente a su comunidad jurídica. Cfr. PAWLIK, Michael (2010). “*La pena retributiva y el concepto de delito*”. (trad. González Rivero), en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, p. 86.

⁸⁵ PAWLIK sostiene que ello justificaría una “mayor pena” del que resultaría necesaria “en el caso del quebrantamiento de una norma cuya vigencia no se pone en tela de juicio”. PAWLIK, Michael, “*La pena retributiva y el concepto de delito*”, ob. cit., p. 106.

⁸⁶ PAWLIK, Michael, “*La pena retributiva y el concepto de delito*”, pp. 105-106. Indica que la pena debe agravarse en tanto en la historia del agente, el delito no fue un acontecimiento aislado, sino

Se cuestiona la tesis del “mayor injusto” cometido por el reincidente, pues la admisión de la existencia de la vulneración de dos normas (lo que equivale a afirmar la existencia de dos bienes jurídicos) se basa en una “ficción jurídica”, que busca tutelar –en buena cuenta– a aquel “viejo y autoritario derecho subjetivo estatal a la obediencia pura”⁸⁷.

En esa línea, PALERMO critica la legitimidad de la segunda norma vulnerada por el reincidente, indicando que ésta tiene “cierto sesgo moralizante”: “sé un ciudadano amoldado a las convicciones generales de la mayoría”⁸⁸. Además, menciona dicho autor que, si bien el mantenimiento de las libertades requiere de la participación de todos los ciudadanos, lo cierto es que un “Estado que genera condiciones de pobreza y marginalidad pierde legitimidad para hacer exclusivamente responsables por sus hechos penalmente antijurídicos a las mismas víctimas de esa injusticia distributiva”⁸⁹: los reincidentes⁹⁰.

De otro lado, ZAFFARONI consideró en un inicio que el nuevo hecho

“una pieza más de su carrera criminal”. Por ello, agrega que “pesará sobre la pena del autor los anteriores delitos del mismo, sobre todo si son delitos similares”.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2000). *Derecho penal. Parte General*. con colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Editorial Ediar, Buenos Aires, pp. 1011-1012.

⁸⁸ PALERMO, Omar (2016). “Reincidencia, injusto y culpabilidad”, pp. 5 y ss. Quien además sostiene que “no hay razones metodológicas ni sistemáticas para afirmar que haya un tipo de injusto de carácter o un tipo de injusto por conducción de vida”. Afirma PALERMO que “la reiteración delictiva en general y la reincidencia en particular no incrementan ni el disvalor de acción ni el disvalor de resultado”.

⁸⁹ PALERMO, Omar, “Reincidencia, injusto y culpabilidad”, p. 21. Quien, cuestionando la posición de PAWLK, afirma que “tiene una importante dosis de cinismo pretender que una sociedad que genera desigualdades y criminalización dentro y fuera de las cárceles, ponga sólo en cabeza del excluido el deber de cooperar en el mantenimiento de un orden que no lo contiene socialmente y que, además, lo obliga a cargar exclusivamente con los costes de la persistencia en la infracción de su deber de cooperación”.

⁹⁰ Como se explicará más adelante, considero que, si bien el Estado y la sociedad incumplen en muchos países su papel en torno a la resocialización, lo cierto es que el condenado-reincidente también tiene una cuota de responsabilidad por el nuevo delito cometido, que debe ser evaluada y expresada en una dosis mayor de pena, limitada, en orden al principio de proporcionalidad.

delictivo es más grave, pues crea una mayor “alarma social”⁹¹, la sociedad “teme la comisión de nuevos delitos”⁹². Se dice que esta posición, basada en la “mayor alarma social” del hecho cometido por el reincidente, se explicaría sólo si los miembros de la comunidad conocieron que el hecho criminal lo cometió un reincidente, creándose una mayor necesidad de seguridad⁹³.

Por lo tanto, el fundamento de la “mayor alarma social” carece de sentido, pues está claro que en la realidad no siempre sucede que los integrantes de la comunidad estén enterados de la condición de reincidentes de los delincuentes.

Al respecto, GARCÍA señala que esta concepción [la de la alarma social como fundamento de la reincidencia] no es nueva, así como tampoco las objeciones que se le han opuesto. Señala dicho autor que estas objeciones se resumen en que la mayor gravedad del segundo hecho sólo sería relativa y condicionada a que la comunidad conociera que ha sido cometido por un reincidente, pues, de lo contrario, “no podría decirse con justicia que la alarma social es mayor y que aumenta subjetivamente la inseguridad”⁹⁴. Otros rechazan que la agravación de la pena pueda fundamentarse en la mayor alarma social producida por el segundo delito cometido, ya que aquella puede ser un efecto de la reincidencia, pero no su fundamento⁹⁵.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1998). *Tratado de Derecho penal*, tomo V, Editorial Ediar, Buenos Aires, p. 344.

⁹² GUIASOLA LERMA, Cristina (2008). *Reincidencia y delincuencia habitual*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 62.

⁹³ CARRARA, Francesco, Programa de Derecho criminal. Parte General, ob. cit., p. 118.

⁹⁴ GARCÍA, Luis M. (1992). *La reincidencia y la punibilidad*. Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 115.

⁹⁵ MARTÍNEZ DE ZAMORA, Antonio (1971). *La reincidencia*. Universidad de Murcia, España, p. 51

MIR PUIG, por su parte, sostiene que la mayor gravedad por el segundo delito cometido se produce en el propio hecho, ya que en él, el sujeto demuestra una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que aquel tuvo además ocasión de comprobar a través de la pena⁹⁶. Y puede suponer únicamente una mayor gravedad del injusto, pues el delincuente, al delinquir por segunda vez infringe dos normas: la del delito que comete y la que prohíbe especialmente la repetición delictiva tras la condena.

No obstante, para MIR PUIG este aumento del injusto es insuficiente para justificar la existencia de la agravante, pues estaría demasiado alejado de la idea de lesión o peligro de bienes jurídicos⁹⁷. Por ello, propone la supresión de la agravante de reincidencia y su sustitución por medidas de seguridad vinculadas con la idea de habitualidad criminal⁹⁸.

CARUSO sostiene que no es posible dar credibilidad a las posturas que pretenden ver en la reincidencia un aumento del injusto. Según dicha autora, de ninguna manera puede afirmarse que una conducta presenta una mayor lesividad por el mero hecho de que su autor haya sufrido previamente una condena o haya sido condenado por hechos similares.

De esta forma, concluye que “la gravedad de un hecho típico y antijurídico viene determinada por el grado de peligro o lesión que provoca a bienes jurídicos

⁹⁶ Cfr. MIR PUIG, Santiago, La reincidencia, ob. cit., pp. 523 y ss. De otro lado, como menciona AGUADO LÓPEZ: “Esta fundamentación, basada en el incremento del injusto, sólo se puede explicar desde la concepción del Derecho penal que defiende este autor [MIR PUIG].

⁹⁷ MIR PUIG, Santiago, La reincidencia, ob. cit., pp. 527 y ss.

⁹⁸ Comparten esta posición, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás (1999). Derecho penal. Parte General, 5ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 901-902.

penalmente protegidos y esta situación no puede verse afectada por circunstancias ajenas al hecho, incluso cuando éstas estén referidas a un comportamiento pasado del autor del delito”⁹⁹.

MARÍN DE ESPINOSA considera que el fundamento de la agravación de la pena al reincidente es “la posible especialización del delincuente en la comisión de delitos de la misma naturaleza”. No obstante, aprecia que este argumento resulta insuficiente para sustentar dicha institución, pues la calidad y cantidad de antecedentes no le dan un mayor contenido al injusto (no agrega nada al hecho). En otros términos, la gravedad del hecho no puede depender de las circunstancias personales del autor¹⁰⁰.

2.2.1.2.3. La mayor culpabilidad del reincidente

A. La culpabilidad

A pesar de la intensa y amplia discusión doctrinal sobre los alcances de la culpabilidad como categoría del delito, concibo que dicho concepto no abandona la idea del “reproche”. Lo que se cuestiona al agente es precisamente la omisión de una conducta exigida al autor¹⁰¹. Al agente, quien actúa libremente¹⁰², se le exige

⁹⁹ CARUSO FONTÁN, María (2014). *El delincuente imputable y peligroso. Cuestiones de política criminal*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 142.

¹⁰⁰ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena (1999). *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Editorial Marcial Pons, Granada, pp. 194 y ss.

¹⁰¹ BUSTOS y HORMAZÁBAL sostuvieron, que culpabilidad es exigibilidad. Esta última es entendida como la capacidad del Estado para exigir a una persona concreta una respuesta determinada (por ejemplo, de respeto a la norma). BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2006). *Lecciones de Derecho penal*, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, p. 443.

¹⁰² A fin de superar la crítica relacionada con la “nula” posibilidad de demostrar la libertad, se afirma que a efectos jurídico penales debe adoptarse un concepto real o pragmático de culpabilidad. Dicha idea servirá de base para establecer el principio de responsabilidad individual. Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel (2012). “*Libertad, culpabilidad y neurociencias*”, en *InDret* (3), España, p. 33.

una conducta conforme con el derecho y si no cumple con ello, merece ser sancionado de forma proporcionada al injusto creado. De esta forma, la idea del “reproche” va aunada al deber o exigencia de actuar conforme con las normas de comportamiento¹⁰³.

Como señala LUZÓN, tal reprochabilidad jurídico-penal individual se basa en “la libertad de decisión y actuación del sujeto, en su posibilidad de acceder a las normas y de determinarse normalmente por ellas, y en la exigibilidad penal individual basada en valoraciones normativas que no hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta”¹⁰⁴. El juicio de reproche imputable al autor es graduable, en atención del nivel de exigibilidad de una actuación conforme a derecho¹⁰⁵, el cual tendrá que ser valorado al momento de cualificar la responsabilidad y al cuantificar la pena (la mayor culpabilidad es, en muchos casos, un efecto del mayor injusto).

Ahora bien, para la cuantificación de la sanción también resulta importante que se tengan en cuenta las razones de prevención. Este razonamiento permitirá determinar la cantidad de pena necesaria para cumplir dicho propósito. El límite de la sanción es el grado de culpabilidad por el hecho realizado¹⁰⁶. Es decir, el nivel de lo exigible normativamente al sujeto no sólo es un elemento que sirve para la cualificación de la responsabilidad penal, sino que también actúa como barrera en

¹⁰³ “El Derecho penal reacciona frente al quebrantamiento del Derecho. No es pensable un Derecho penal que no presuponga un injusto culpable”. ROBLES PLANAS, Ricardo, “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, 0b. cit., p. 22.

¹⁰⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, ob. cit., p. 32.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar (2012). “La ‘exigibilidad’ y la ‘no exigibilidad’ de conductas adecuadas a las normas penales”, en CPC (106), España, p. 189.

¹⁰⁶ El TC español, en la STC N° 65/1986, indicó lo siguiente: “La cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podrían plantear cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de la culpabilidad”.

el ejercicio de individualización de la cantidad de pena.

Por todo esto, el autor Alcocer Puvis expresa que se aleja de una concepción de culpabilidad “caracteriológica” en su versión de “responsabilidad por la conducción de vida”. En primer lugar, porque considero que la responsabilidad penal tiene al “hecho” en un primer plano. En segundo lugar, aprecio que la “personalidad del autor” (en el sentido de ánimo o de tendencia interna) no es ni puede ser causa de la responsabilidad penal ni de su agravación, pues es claro el carácter moralizante de la expresión.

B. La mayor culpabilidad como fundamento de la reincidencia

Se afirma que el sujeto, al volver a delinquir, se hace acreedor de un mayor “reproche”¹⁰⁷, pues con el nuevo hecho manifestó nuevamente su “desprecio”¹⁰⁸ u “oposición”¹⁰⁹ al ordenamiento jurídico en general, cuestionando la vigencia de aquellas normas que regulan la convivencia social y brindan seguridad a los ciudadanos. De esta forma, el sujeto expresa una personalidad desviada y desaprobada por el Derecho¹¹⁰.

Según esta tesis, la reincidencia no afecta al injusto (ni lo agrava ni lo atenúa), sino supone una condición socialmente desvalorada, basada en la

¹⁰⁷ JIMÉNEZ DÍAZ, María José (2006). *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, Editorial Dykinson, Madrid, p. 70.

¹⁰⁸ GARCÍA, Luis M., Reincidencia y punibilidad, ob. cit., p. 107

¹⁰⁹ MARTÍNEZ DE ZAMORA, Antonio, La reincidencia, ob. cit., p. 205.

¹¹⁰ Se dice que la reincidencia supone una mayor culpabilidad porque el autor expresa un ánimo de cometer un nuevo delito, pese a la advertencia de la primera condena. Cfr. ALONSO ÁLAMO, Mercedes (1981). *El sistema de circunstancias del delito. Estudio General*, Universidad de Valladolid, España, p. 746.

“insensibilidad”¹¹¹ del sujeto quien pese a haber “sufrido la pena”, vuelve a delinquir¹¹². Dicho con otras palabras, la reincidencia se fundamenta en “la renovada rebelión del sujeto hacia una ley cuya eficacia ha experimentado a través del juicio precedente”¹¹³. El reincidente es rebelde pese a representarse lo grave (punible) de “su hacer”¹¹⁴.

Al respecto, CEREZO MIR sostiene que “la circunstancia agravante de reincidencia no puede hallar su fundamento, a mi juicio, en una mayor gravedad del injusto, pues el desvalor de la acción o el desvalor del resultado no se ven incrementados por la condena anterior. En el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, la reincidencia sólo puede hallar su fundamento en una mayor gravedad de la culpabilidad”¹¹⁵.

Esta tesis es criticada. Al respecto, CARUSO sostiene, citando a SCHÜLER- SPRINGORUM, que “la mayor culpabilidad del reincidente es una presunción empírica contra reo”¹¹⁶. De otro lado, se ha dicho que resulta inconsecuente sancionar con más gravedad al reincidente sólo por el hecho de conocer perfectamente la punibilidad de su actuar al haber sido condenado

¹¹¹ ALONSO ÁLAMO afirma que en la reincidencia el sujeto es más culpable “por el mayor desprecio hacia los bienes jurídicos manifestado en la realización de un nuevo delito, después de haber sufrido una condena”. ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *El sistema de las circunstancias del delito*, ob. cit., p. 673.

¹¹² LATAGLIATA, Ángel (1963). *Contribución al estudio de la reincidencia*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 270.

¹¹³ LATAGLIATA, Ángel, *Contribución al estudio de la reincidencia*, ob. cit., p. 270.

¹¹⁴ MAURACH, Reinhart (1962). *Tratado de Derecho penal* (trad. Córdoba Roda), tomo II, Editorial Ariel, Barcelona, pp. 546- 547. Agrega el autor que debe asentirse lo expuesto por la teoría dominante, la que se inclina a tratar a las anteriores condenas por el “mismo delito” como agravantes de la responsabilidad penal. La razón es que de esta forma se pone de manifiesto “un incremento de la intensidad criminal”, que no aparece “en las condenas anteriores por infracciones distintas”.

¹¹⁵ CEREZO MIR, José, *Obras Completas*, ob. cit., p. 1029.

¹¹⁶ CARUSO FONTÁN, María Viviana, *El delincuente imputable y peligroso. Cuestiones de política criminal*, ob. cit., p. 120.

anteriormente, pues si el mayor “reproche” se basa en el conocimiento de las consecuencias punitivas, toda conducta delictiva realizada por los operadores del derecho (abogados, fiscales o jueces) merecerán siempre una sanción más grave¹¹⁷.

Como respuesta a esta crítica, se afirma que el mayor “reproche” al reincidente no se funda en el conocimiento del quantum legislativo de la pena abstracta, sino en la “indiferencia” del delincuente a las consecuencias del nuevo hecho punible, las mismas que experimentó anteriormente, teniendo además la capacidad personal de evitar el hecho criminal reiterado¹¹⁸. JAKOBS, por su parte, afirmó que la trayectoria criminal “agrava la responsabilidad penal”, ya que en caso de delincuencia reiterada existe un considerable “déficit de lealtad al derecho”¹¹⁹.

De otro lado, se sostiene que la culpabilidad –desde una visión motivacional y no normativa– o deja pasar toda la gravedad del injusto o la disminuye, pero nunca la agrava. En otras palabras, las circunstancias agravantes afectan al injusto, pero no a la culpabilidad¹²⁰. También se dice que la culpabilidad no aumenta por la

¹¹⁷ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1972). *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Editorial Ariel, Barcelona, p. 742.

¹¹⁸ Estas objeciones han sido recogidas “por los propios defensores de la idea de una mayor culpabilidad en el reincidente, quienes matizan su posición, reconociendo que, en ciertos casos de reincidencia, puede existir una menor capacidad del sujeto para autodeterminarse, bien por su personalidad, o por no haber recibido un tratamiento resocializador adecuado.

¹¹⁹ JAKOBS, Günther (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, pp. 587-588. Para JAKOBS, la reincidencia no puede acarrear la disminución de la culpabilidad, pues ello llevaría a que el sistema penal sea en sí contradictorio. Y es que para él, “[d]ado que no se puede tolerar que se remunere con indulgencia a la delincuencia reiterada, las dificultades de obedecer el derecho que puedan comportar los delitos anteriores no dejan de ser asunto del autor, es decir, que no disminuyen la culpabilidad. No interesa el hecho de la constitución psíquica del autor, sino la responsabilidad por el déficit de lealtad al Derecho, ya considerable, ciertamente, en caso de delincuencia reiterada”.

¹²⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., p. 641: “[s]i se concibe la imputación personal como en este texto, como mera condición de atribuibilidad del injusto penal, que puede impedir la atribución total o parcialmente, pero no puede aumentar la gravedad atribuible al hecho, aquella actitud de desprecio y rebeldía sólo puede considerarse causa de elevación del injusto del hecho”.

presencia de circunstancias agravantes, como es el caso de la reincidencia, pues consiste en un juicio de imputación personal de un hecho previamente considerado como antijurídico, por lo que no hay agravantes de la culpabilidad. Según esta posición, la antijuridicidad sí puede verse afectada por las circunstancias, agravándola o atenuándola.

Con todo, aprecio que el juicio de culpabilidad o “reproche” constituye un ejercicio de atribución personal de responsabilidad que cumple funciones sociales¹²¹. Por ello, dicho juicio está configurado por las necesidades preventivas y limitado por la garantía de la proporcionalidad: la dosis de pena justa será graduable a la necesidad de prevención. En el caso de la reincidencia, el efecto desestabilizador del sistema ocasionado por el sujeto, al volver a delinquir, es mayor, por lo que es justo y necesario que se le imponga una pena más grave en comparación con la impuesta al delincuente primario. Naturalmente, dentro del marco de la pena correspondiente al injusto del segundo delito.

A quien anteriormente se le atribuyó la comisión de un delito se le exige no solamente comportarse como “buen ciudadano” y “no dañar bienes ajenos”. Él tiene una mayor carga, pues la sociedad espera que “no vuelva a delinquir”¹²². Este mayor

¹²¹ Siguiendo una posición más radical, MONGE FERNÁNDEZ señala que “(...) en el ‘juicio de reproche’ hay que entender, también, no sólo a todos los elementos objetivos y subjetivos de la acción típica, sino también debe atenderse a las circunstancias concomitantes a la acción típica, propias del delincuente. En este contexto, resulta relevante la vida anterior del delincuente y su personalidad. Esta aseveración no debe interpretarse erróneamente, haciendo gravitar exclusivamente el juicio de reproche sobre la personalidad del autor, pues entonces se tratará de penar atendiendo exclusivamente a la personalidad de aquél, lo que desembocaría en la insostenible culpabilidad de carácter o por la conducta de vida. Por el contrario, los datos indicados únicamente serán tenidos en cuenta para interpretar si le era reprochable la realización de la acción típica y en qué medida”. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, La circunstancia agravante de la reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, ob. cit., p. 120.

¹²² HENKEL sostiene que “la fórmula que siempre se repite, reza así: no habría que formular un reproche de culpabilidad al autor, cuando no podía serle exigida otra conducta”. HENKEL, Heinrich

nivel de exigencia sustenta la mayor pena. Lógicamente, la mayor necesidad de intervención punitiva estará limitada, como dije, por el principio de proporcionalidad.

Quienes defienden la posición de la “mayor culpabilidad” del reincidente afirman que entre el nuevo hecho criminal y el anterior debe haber una relación basada en su similar “naturaleza o circunstancias”¹²³. Y es que sólo así se puede sustentar el mayor nivel de exigencia conductual al sujeto al que anteriormente se le impuso una sanción por un determinado hecho criminal¹²⁴.

En esa línea, CEREZO MIR sostiene que: “Cuando la reincidencia es específica, es decir el nuevo delito es igual o de la misma naturaleza de aquél por el que el sujeto había sido condenado ejecutoriamente con anterioridad, la culpabilidad suele ser mayor”. Dicho autor agrega lo siguiente: “La exigibilidad de la obediencia al Derecho es, además, en estos supuestos, mayor. En el sujeto se apreciará, asimismo, generalmente, una actitud de rebeldía frente a las exigencias del ordenamiento jurídico, es decir una disposición de ánimo o talante hostil al derecho. En la reincidencia genérica, cuando el nuevo delito y el anterior sean de diferente naturaleza estos argumentos tienen, sin duda, menos fuerza”¹²⁵.

(2005). *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo* (trad. Guzmán Dalbora), Editorial: Editorial B de f, Buenos Aires-Montevideo, p. 46.

¹²³ El presupuesto material de la reincidencia, según esta posición, es que se pueda hacer un “reproche” en atención a la clase y circunstancias de los delitos cometidos anteriormente.

¹²⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso (2006). “*La Ley penal sobre reincidencia y habitualidad. El retorno a los postulados del positivismo criminológico*”, en Revista Actualidad Jurídica (junio), Gaceta Jurídica Editores, Lima, p. 12.

¹²⁵ CEREZO MIR, José, Obras Completas, ob. cit., p. 1030.

2.2.1.2.4. La insuficiencia de la pena anteriormente impuesta

CARRARA señala como única justificación aceptable de la reincidencia a la “insuficiencia relativa de la pena ordinaria”¹²⁶ anteriormente cumplida. Para llegar a esta afirmación, dicho autor sostiene que se presume que la pena impuesta al delincuente primario es suficiente para lograr prevenir la reiteración delictiva. Sin embargo, se indica que si el mismo sujeto, pese a que experimentó “el sufrimiento efectivo” de la sanción, vuelve a delinquir, entonces, estará dando una “clara señal de despreciar aquel mal” (la pena)¹²⁷.

De esta forma, se afirma que en tanto la sanción anterior no le sirvió de lección al delincuente, para el nuevo hecho cometido es necesaria una mayor pena: “para él [el delincuente reincidente] aquella suma de sufrimientos no es freno suficiente. Renovar en contra de él la misma pena, en tal caso, se torna fútil, porque la presunción de la suficiencia relativa de la fuerza objetiva de aquella penalidad está contradicha por el hecho”¹²⁸. Por ello, conforme describe MIR PUIG, según esta postura, es la “insensibilidad” del agente hacia la pena lo que constituye la razón última de la agravante¹²⁹ (dato subjetivo).

Se cuestiona esta tesis pues se basa en la presunción, sin más, de que la pena ordinaria es suficiente para evitar la recaída delictiva, dejándose de lado que el crimen puede deberse a razones distintas al efecto comunicativo de la sanción declarada (por ejemplo, un crimen cometido bajo un estado de emoción violenta, que no elimine la reprochabilidad).

¹²⁶ CARRARA, Francesco, Programa del curso de Derecho criminal. Parte General, ob. cit., p. 119.

¹²⁷ CARRARA, Francesco, Programa del curso de Derecho criminal. Parte General, o. cit., p. 121.

¹²⁸ CARRARA, Francesco, Programa del curso de Derecho criminal. Parte General, ob. cit., p. 121

¹²⁹ Cfr. MIR PUIG, Santiago, La reincidencia, ob. cit., p. 434.

Asimismo, se indica que la tesis de la “insuficiencia de la pena anteriormente impuesta” es limitada, no puede por sí misma justificar la mayor sanción al reincidente. La razón es que la llamada “eficacia” correctiva de la pena impuesta y ejecutada sólo tiene sentido en aquellos países que regulen como presupuesto de la agravante que el sujeto haya sufrido pena privativa de libertad efectiva (ni España ni el Perú asumen dicha posición en la actualidad).

Es decir, en los casos de reincidencia real y no ficta. Además, como sostiene HAFFKE, la fórmula de la “advertencia” (“no haber tenido en cuenta las condenas anteriores”, conforme lo estipulaba expresamente el §48 del CP alemán) es una “suposición ficticia” de una culpabilidad agravada, cuya determinación requiere un análisis de la “situación psicológica” del individuo y de las “exigencias que haya de dirigirse”, el cual constituye –citando a FROSCH– una empresa “difícil y, seguramente, a menudo, sin expectativa alguna”¹³⁰.

Considero que la “insuficiencia de la pena anterior para evitar la recaída” no es una razón suficiente para fundamentar la agravante de la pena impuesta al sujeto reincidente, pues no sólo la pena anterior “fracasó” en su efecto preventivo, sino también la sociedad, el Estado y el propio ciudadano en el objetivo de la resocialización. Como se desarrolla en este trabajo, la pena más grave al reincidente tiene un aspecto cuantitativo que se fundamenta en lo cualitativo: un injusto culpable más grave, que justifica la intervención del Estado de modo más drástico.

¹³⁰ HAFFKE, Bernhard, “Reincidencia y medición de la pena”, ob. cit., pp. 241-242 y 244: “Ciertamente, en todos los niveles del Derecho se sigue aferrado verbalmente al principio de culpabilidad, sin que, sin embargo, se hayan creado las condiciones que posibilitarían una realización estricta y consecuente del mismo”.

2.2.1.2.5. La peligrosidad del reincidente

A. La peligrosidad

La inclusión de la “peligrosidad” en el debate penal no es un asunto nuevo¹³¹. No obstante, el contenido de dicho concepto varió conforme a las tendencias que sobre el origen o causas de la criminalidad se han presentado a lo largo del tiempo¹³².

En sentido lato, se entiende por peligrosidad como aquella cualidad de alguien o algo para producir algún mal con mayor o menor inmediatez, es decir, para crear un riesgo¹³³. Ello puede ser originado no sólo por una conducta humana, sino también por un hecho natural o animal. Cuando este mal representa una acción humana socialmente dañosa, se va a denominar a esta peligrosidad como “social”¹³⁴. Hasta este punto, esta acción socialmente dañosa puede o no tratarse de

¹³¹ El concepto de “peligrosidad” no es producto de la modernidad, sino que se mantuvo presente a lo largo de la historia. Su uso data desde la época de los romanos, pasando por diversos cuerpos legales y como tema de interés de diversos pensadores, filósofos y juristas de la Ilustración. Se afirma que la noción “moderna” de peligrosidad fue planteada por FEUERBACH, quien señaló que dicho término se refiere a “la característica de la persona en la cual existe una base de probabilidad de que efectivamente lesionará derechos”. Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María (1986). *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Editorial Bosch, Barcelona, p. 16. De otro lado, para JIMÉNEZ DE ASÚA, FEUERBACH se adelantó a su época y fue el verdadero precursor de las modernas doctrinas que utilizaron el concepto de peligrosidad. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1920). *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno*, Madrid, p. 17.

¹³² Cabe reconocer que el verdadero impulso al concepto de “peligrosidad” se dio a finales del siglo XIX, con la Escuela Positiva italiana, que tuvo como principales expositores a LOMBROSO, FERRI y GARÓFALO. A diferencia del modelo de Derecho penal liberal que sustentó la sanción en la culpabilidad, esta Escuela se caracterizó por fundamentar el castigo en la peligrosidad social del sujeto. Esta desviación social se habría originado por particulares defectos (biológicos o de socialización) atribuibles al individuo. Sobre la importancia y las críticas a esta corriente de la criminología moderna, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno, ob. cit., pp. 7 y ss.

¹³³ MAGUIRE, Mike (2004). *Manual de Criminología* (trad. Aparicio Vázquez), México, p. 171. Afirma que la peligrosidad es una “condición probabilística, no un hecho, y aun si esa persona no inflige lesiones a nadie, no por ello deja de ser peligrosa hasta cierto punto”.

¹³⁴ La peligrosidad social resulta insuficiente para imponer sanciones penales, debiendo quedar su prevención “a la política social del Estado y, en caso de fracaso, al Derecho administrativo”. DÍAZ

un delito¹³⁵. Sin embargo, se afirma que para el Derecho penal la peligrosidad cobra real importancia cuando “la acción temida de la persona peligrosa constituye una infracción criminal (delito o falta) o, más propiamente, un hecho típico y antijurídico”¹³⁶.

Es decir, cuando estamos ante la denominada peligrosidad criminal¹³⁷. De esta manera, se restringe el concepto de peligrosidad, evitando el desborde del poder penal hacia supuestos no necesitados de una mayor represión punitiva. Se han expresado muchas críticas sobre el uso de este concepto en el Derecho penal, principalmente por la inseguridad de los métodos para pronosticarla en un sujeto determinado y por el amplio margen de discrecionalidad que tiene quien lo establece¹³⁸.

En esa línea, se puede observar el manifiesto suscrito por un grupo importante de profesores de Derecho penal, respecto a la propuesta de reforma penal española del año 2015 (proyecto en el que se expuso, entre otras cosas, ampliar la posibilidad de aplicar la medida de libertad vigilada a sujetos imputables peligrosos y que se instaure, en casos graves, la pena de cadena perpetua). En dicho documento se indica que: “es claro el abandono que se produce del principio de

SASTRE, Cristina (2011), “*Las medidas de seguridad con la nueva reforma del Código penal*”, en RDPP (25), España, p. 47.

¹³⁵ ROMEO CASABONA, Carlos María, Peligrosidad y Derecho penal preventivo, ob. cit., pp. 13-14.

¹³⁶ ROMEO CASABONA, Carlos María, Peligrosidad y Derecho penal preventivo, ob. cit., p. 15; ZIFFER, Patricia, Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en el Derecho penal, ob., cit., p. 139; entre otros autores.

¹³⁷ ARMAZA ARMAZA, Emilio (2013). *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Editorial Comares, Granada, p. 79.

¹³⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2013). “*Monismo y dualismo. Culpables y peligrosos*”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.), MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Editores: Edisofer, Buenos Aires- Montevideo, pp. 653-657;

culpabilidad y su sustitución por criterios de peligrosidad: la dignidad humana va a resultar pisoteada en aras de un defensismo a ultranza, y los ciudadanos van a verse entregados no a la seguridad de la norma sino a la indeterminación de los criterios personales con los que se va a ‘administrar’ la peligrosidad”.

ROMEO CASABONA señala que el juicio de peligrosidad implica un cálculo de probabilidad de la ocurrencia de un hecho en el futuro. Esta prognosis es resultado del cumplimiento de dos etapas: la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso (diagnóstico de peligrosidad) y la comprobación de la relación entre dicha cualidad y el futuro del sujeto (prognosis criminal)¹³⁹. Sin embargo, por su propio objeto de determinación se recrimina a este juicio de peligrosidad como incierto, debido principalmente a dos factores: a) La fiabilidad de los métodos utilizados para la averiguación, la comprobación y validez de los síntomas de peligrosidad¹⁴⁰. b) La propia naturaleza incierta de la probabilidad¹⁴¹.

B. La peligrosidad como sustento de la mayor pena al reincidente

Se afirma que el mayor “reproche” de la reincidencia, como agravante de la pena, se sustenta en la mayor peligrosidad del sujeto infractor de la ley penal¹⁴².

¹³⁹ ROMEO CASABONA, Carlos María, Peligrosidad y Derecho penal preventivo, ob. cit., p. 30.

¹⁴⁰ Sobre los factores personales y sociales que influyen en la decisión de volver a delinquir, REDONDO, Santiago; FUNES, Jaume y LUQUE, Eulàlia (1993). *Justicia penal y reincidencia*, Catalunya, pp. 16 y ss:

¹⁴¹ ROMEO CASABONA, Carlos María, Peligrosidad y Derecho penal preventivo, ob. cit., p. 31.

¹⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo y PASTOR MUÑOZ, Nuria (2003). “*La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*”, en La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto, Editores Atelier, Barcelona, p. 118. Mencionan que las cosas hay que llamarlas “por su nombre”. La reiteración delictiva no es una cuestión que afecte “la gravedad del hecho cometido”, la agravante se justifica en función de la “peligrosidad futura del sujeto”. En esa línea, las reacciones que se adopten contra ella (lo recomendable sería la imposición de medidas de seguridad o reglas de conducta), “no deberían tener naturaleza automática”, en tanto su aplicación dependerá de la realización de un juicio de pronóstico.

Con una mayor sanción, por lo tanto, con un mayor tiempo de privación de la libertad, se busca incrementar la seguridad de los ciudadanos ante sujetos que se han enfrentado nuevamente al ordenamiento penal, evidenciando que su peligrosidad criminal no ha sido erradicada con la inicial condena¹⁴³.

En esa línea, MARTÍNEZ GARAY sostiene que “desde el punto de vista del pronóstico de peligrosidad, la repetida comisión de delitos en el pasado es, sin duda, uno de los factores con mayor poder predictivo de reincidencia futura, como han puesto de manifiesto numerosísimos estudios”¹⁴⁴.

De otro lado, se considera que dicho criterio (la peligrosidad) es ajeno a un modelo de Derecho penal basado en el hecho y no en la “maldad del autor”¹⁴⁵ (no se puede castigar a la persona en cuanto es, sino en cuanto se manifiesta¹⁴⁶).

¹⁴³ Ésta también ha sido la meta buscada por el legislador español, así como el de su homólogo en otros países europeos, que los ha llevado a que elaboren drásticas medidas de seguridad para sujetos imputables. Con más detalle, GARCÍA RIVAS, Nicolás, “La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad”, en DEMETRIO CRESPO (dir.), MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, ob. cit., pp. 602-609 y 616-620. En concreto, con relación a la reincidencia, ALONSO ÁLAMO comenta: “Por muy criticable que parezca, de la regulación de la reincidencia, en general, puede extraerse la conclusión siguiente: si bien descansa, ante todo, en la mayor culpabilidad del sujeto, no se ha dejado de tener en cuenta la peligrosidad del autor manifestada en la repetición delictiva”. ALONSO ÁLAMO, Mercedes, El sistema de las circunstancias del delito, ob. cit., p. 673.

¹⁴⁴ MARTÍNEZ GARAY, Lucía (2014). “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, en InDret (2), España, p. 63.

¹⁴⁵ Incluso, se llegó a sostener que la agravante de reincidencia se justifica en tanto la nueva transgresión a la norma penal es manifestación de la perversidad del delincuente. Por ello, existe “la necesidad de un castigo riguroso y a veces especial”. ARMENGOL y CORNET, Pedro, La reincidencia, ob. cit., p. 30.

¹⁴⁶ Se tiene la decisión de la CIDH, en la sentencia de 20 de junio de 2005 (caso Fermín Ramírez v. Guatemala). En ella se analiza el tipo de asesinato, regulado en el art. 125 del CP guatemalteco, que permite imponer la pena de muerte en lugar de la pena de prisión cuando se revelare “una mayor particular peligrosidad del agente”. Según la Corte, la referencia a la peligrosidad “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. 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

Se dice que la noción original de peligrosidad se encuentra anclada en el positivismo, y que fue posteriormente utilizada en el terreno político para “eliminar individuos”¹⁴⁷.

En palabras de BERGALLI, “la eliminación de los individuos que por su comportamiento rebelde pusieron en tela de juicio el orden social establecido queda justificado mediante el concepto de peligrosidad”¹⁴⁸. Lo cual, según esta posición, es criticable pues tal peligrosidad posdelictiva no es más que un mero pronóstico, por ende “relativo”¹⁴⁹, cuya definición carece de certeza¹⁵⁰.

Anota FRISCH que “las principales objeciones esgrimidas contra el concepto de medida en verdad no se refieren sólo a él, sino también a toda pena adecuada a una finalidad preventivo-especial. Esto vale para la cuestión de si resulta sostenible, desde el punto de vista ético-jurídico, privar de la libertad a algunas personas en interés de otras, así como para los problemas de pronóstico o las

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 –con pena de muerte inclusive– 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”.

¹⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco (2002). *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 176-177. El autor sostiene además que en 1934 se introdujo al CP alemán una medida de internación indeterminada en centros de trabajo en contra de delincuentes habituales, los mismos que nunca más volvieron a salir con vida.

¹⁴⁸ BERGALLI, Roberto (1980). *La recaída en el delito. Modos de reaccionar contra ella*, Editorial El Santor, Barcelona, p. 57.

¹⁴⁹ LÓPEZ REY refiere que a menudo dos personas con igual tipo de personalidad reaccionan de forma diferente en una misma situación. LÓPEZ REY, Manuel (1983). “*Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad*”, en CPC (19), España, p. 20.

¹⁵⁰ Cfr. BENAVENTE CHORRES, Hesbert (2011). *Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, p. 49. El autor sostiene que “la peligrosidad no puede legitimar y aumentar la reacción penal, por ser ella misma un riesgo para las garantías individuales que el Estado de derecho protege y, precisamente, del texto legal que prevé la reincidencia no se revela cuál es la definición de peligrosidad que tuvo el legislador para legalizar[la]”.

dificultades para determinar, en el proceso, los datos necesarios para los diagnósticos y pronósticos”¹⁵¹.

Además, se afirma que el presupuesto de toda pena es la culpabilidad del autor por el hecho cometido y no la peligrosidad. Si se considera que el fundamento de la agravación de la reincidencia es la peligrosidad del autor, el instrumento adecuado para castigar la conducta no es la pena, sino la medida de seguridad¹⁵². Sobre este tema, JIMÉNEZ DE ASÚA pretendía reservar la aplicación de las penas a los sujetos imputables y culpables, pero no restringía la aplicación de las medidas de seguridad a los sujetos inimputables. Para dicho autor el delincuente habitual es un verdadero incapaz para la pena, que se encuentra en “estado peligroso” y contra el cual es necesario defenderse a partir de la aplicación de “medidas de carácter especial”¹⁵³.

MONGE FERNÁNDEZ, por su parte, sostiene que la agravante de reincidencia constituye “un grave quebranto” de los principios fundantes del Derecho penal de la culpabilidad, resultando además poco adecuado como instrumento de la política criminal, si tenemos en cuenta que la reincidencia supone

¹⁵¹ FRISCH, Wolfgang (2007). “*Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho*” (trad. Ziffer), en *InDret* (3), España, p. 11.

¹⁵² Existen dos modelos que se han desarrollado en el Derecho comparado para afrontar el problema del sujeto imputable peligroso. El primero, se caracteriza por intentar resolver el mencionado problema solamente en el ámbito de la pena, sea mediante la agravación de la misma o a través de condenas de duración indeterminada o perpetua. Por su parte, el segundo modelo enfrenta el problema a través de las medidas de seguridad (por ejemplo, mediante la terapia social, la castración química, los registros especiales, la libertad vigilada y la custodia de seguridad). Cfr. ARMAZA ARMAZA, Emilio José, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, ob. cit., p. 4.

¹⁵³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1954). *La Ley y el delito. Principios de Derecho penal*. Editorial Hermes, Buenos Aires 1954, p. 577. Quien además sostiene que “en los tiempos que alborean y, sobre todo, en el futuro inmediato, la habitualidad desplazará al vetusto concepto de reincidencia”. Para dicho autor, “ya no interesa tanto la repetición del delito (...), vale más el indicio de peligrosidad, la tendencia arraigada al crimen”.

un estrepitoso fracaso de los efectos preventivos de la pena. Afirma dicha autora que “dada tal frustración, resulta poco operativo que el Derecho penal reaccione, a su vez ‘reincidiendo’ en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención, precisamente a través de la misma sanción que fracasó anteriormente”¹⁵⁴. Por consiguiente, dicha autora considera que lo más adecuado a tal fin no es aumentar el monto de la pena, “sino antes bien recurrir a una consecuencia jurídica de naturaleza distinta, a mi juicio, una medida de seguridad inocuizadora”¹⁵⁵.

2.2.1.2.6. La reincidencia y los fines de la pena

A. Apunte previo

Dejando de lado razones puramente “jurídicas”, ancladas en el “merecimiento” de pena para fundamentar la reincidencia, un sector de la doctrina, desde una perspectiva político criminal, ha señalado que “ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aun a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad. El valor simbólico social de la agravación de la pena pasa pues por encima de cualquier otra consideración”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, ob. cit., p. 109.

¹⁵⁵ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, ob. cit., p. 138. En esa línea, BACIGALUPO afirma que un sistema de doble vía “no se caracteriza porque el ordenamiento prevé penas para capaces de culpabilidad y medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad, sino porque el sistema de reacciones penales prevé penas para los culpables y medidas para los peligrosos (capaces o no de culpabilidad)”. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1997). *Principios de Derecho penal. Parte General*, 4ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 23.

¹⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín (2010). *Parte General del Derecho penal*, 4ª edición, Editorial Marcial Pons, Navarra, p. 802. Quienes además afirman que si

Desde el plano individual, se afirma que “con respecto al reincidente la pena está orientada a intimidarlo e, incluso, con tendencia a neutralizarlo”¹⁵⁷ o a “apartarlo” de la sociedad¹⁵⁸. De esta forma, la agravante de reincidencia “no encuentra razón” en la supuesta agravación del injusto ni de la culpabilidad, sino en su “utilidad” social o, en todo caso, en su mero efecto simbólico. Sin embargo, también se ha dicho que tal finalidad preventiva no es ilimitada.

Desarrollar de modo integral los diversos planteamientos sobre los fines de pena, mejor dicho, sobre los fines legitimadores de ésta, desborda el propósito de este trabajo. No obstante, resulta importante aproximarnos al contenido de las principales tesis a fin de vincularlas luego con la agravante de reincidencia.

B. Sobre los fines legitimadores de la pena

El Derecho penal se legitima, entre otras razones, por los fines que pretende alcanzar a través de la pena¹⁵⁹. Como menciona BACIGALUPO, “toda teoría de la

bien la reincidencia “no es un hecho indiferente”; sin embargo, su impacto “no puede ser reducido a la exasperación de la pena”. Indica que podrían establecerse otros sistemas de respuesta al problema.

¹⁵⁷ DOLCINI, Emilio (2008). “La ‘nueva’ reincidencia. La cárcel en Italia se vuelve todavía más selectiva”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos; CUERDA RIEZU, Antonio Rafael; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael Y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coords.), Libro homenaje a Enrique Gimbernat, tomo I, Editorial Edisofer, Madrid, p. 831.

¹⁵⁸ De modo crítico, SERRANO GOMEZ aprecia que “a pesar que no existen argumentos que justifiquen la agravante de reincidencia, ha figurado en todos los Códigos penales”. Considera el autor que la razón principal de la agravante ha sido el “fin expiatorio de la pena”. Y es que “se ha pretendido apartar de la sociedad durante el mayor tiempo posible a los que recaen en su actividad delictiva, pues con ello se persigue que la sociedad se considere menos amenazada por los delincuentes”. SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “La reincidencia”, ob. cit., p. 690.

¹⁵⁹ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel (2008). *Derecho penal. Parte General*. Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, pp. 103 y 113. Para dicho autor las teorías de la pena son, en realidad, teorías sobre la legitimidad del Derecho penal, posición que compartimos. Menciona además que “ningún Estado, ninguna sociedad, puede prescindir de su poder coercitivo (...), pues este es, sin duda, un medio (...) lícito y necesario para la consecución de un fin general: la seguridad jurídica”

pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho penal”¹⁶⁰. A lo largo del tiempo los fines de la pena cambiaron, en gran medida, por razones políticas y por el modelo adoptado por cada Estado. Este escenario también tuvo un correlato en el debate académico¹⁶¹.

En efecto, este frecuente cambio de perspectiva se produjo además con una constante discusión, orientada, como anota SILVA SÁNCHEZ, “a la necesidad de proceder a legitimar de algún modo la ‘causación de mal’ en que consiste esencialmente la pena”¹⁶².

De esta forma, la legitimidad de la intervención punitiva se configura como un punto clave en el entendimiento de la función que debe desempeñar el Derecho penal en un Estado constitucional de Derecho. Es obvia la importancia del estudio de la legitimidad de la pena estatal, el cual no se circunscribe a meros debates teóricos sino que, por el contrario, tiene importantes efectos prácticos (por ejemplo, para presentar las razones que sustentan la mayor pena al reincidente), alcanzando su influencia tanto en el ámbito legislativo (al permitir realizar un juicio crítico sobre la idoneidad de la pena prevista en un determinado tipo penal), como también

¹⁶⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Derecho penal. Parte General, ob. cit., pp. 29 y ss.

¹⁶¹ Así, por ejemplo, se dice que en el marco de la denominada “lucha de escuelas”, los representantes de la Escuela Clásica afirmaron que la pena se legitima en tanto tutele el valor “justicia”. Por otro lado, los representantes de la Escuela Positiva propugnaban que la pena sea “útil”. No obstante, hoy en día no se puede afirmar que se traten de posiciones puras. SILVA SÁNCHEZ sostiene que “últimamente, sin embargo, ha ido ganando la idea de que tal contraposición es, más bien, una simplificación esquemática de posturas que, en la práctica, se mostraban mucho más complejas y menos unilaterales. Concretamente se ha señalado que todos los clásicos señalados como ‘retribucionistas’ atribuían también al Derecho penal la misión de conseguir fines preventivos, mientras que los catalogados como ‘preventivistas’ también se mostraban próximos a los retribucionistas”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, ob. cit., p. 320.

¹⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, ob. cit., p. 291.

en su determinación judicial (ya que la magnitud de la sanción estará de acuerdo con la concepción de la teoría de la pena que se adopte) y en la fase de ejecución de la pena (pues de acuerdo con la postura que se asuma se entenderá el contenido del denominado fin resocializador de la misma¹⁶³).

En buena cuenta, esta visión amplia del alcance del tema, se corresponde con lo afirmado con razón por GARCÍA CAVERO: “la función de la pena debe informar todo el sistema penal”¹⁶⁴. A continuación, se hará un repaso de los fines de la pena a partir del esquema tradicional: teorías absolutas y relativas de la pena. Más allá que la doctrina ha aclarado que estas posiciones han tenido, entre ellas, conexión. Por lo que no son estrictamente teorías unilaterales¹⁶⁵.

C. El fin retributivo de la pena y la reincidencia

El rechazo a una visión puramente retributiva de la pena, nos lleva a considerar que a partir de esa sola concepción tampoco se pueda justificar la agravación del castigo al reincidente. Es necesario que la sanción impuesta al condenado (primario o reincidente) también se oriente a la consecución de fines preventivos. En este escenario, el papel que cumple la visión retributiva de la pena será, en principio, de límite a dicho propósito.

Con detalle, en el caso de la reincidencia es frecuente la consideración de que con la pena impuesta a quien ha vuelto a cometer un delito se pretende producir

¹⁶³GARCÍA CAVERO, Percy (2005). “Acerca de la función de la pena”, en RPDJP (6), España p.122.

¹⁶⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, “Acerca de la función de la pena”, ob. cit. p. 122.

¹⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, ob. cit., p. 320.

un mayor efecto comunicativo (efecto social-psicológico) a la comunidad y al propio condenado. Por ello podría decirse que el fundamento del incremento de pena a quien vuelve a cometer un delito lo encontramos, según esta posición, solamente en los postulados “preventivistas”. No obstante, es posible considerar que con la agravante de reincidencia el Estado desvalora globalmente el hecho e impone al autor una pena justa, es decir, proporcional a la mayor gravedad del hecho cometido²²⁰. De esta forma, el reincidente no se convierte, por decirlo de modo tradicional, en un mero “instrumento” para la consecución de fines utilitarios. A través de la pena el Estado le reconoce la condición de sujeto responsable. La sanción a imponerse (en lo cualitativo y cuantitativo) será una razonable consecuencia de lo que hizo¹⁶⁶.

D. El fin preventivo general de la pena y la reincidencia

La pena tiene una dimensión comunicativa y cognitiva que debe ser valorada al momento de describir sus funciones o fines (garantizar el efecto comunicativo de la norma y generar una confianza real en el sistema) y al aplicarse en un caso concreto. Esta posición encaja perfectamente en la idea de un injusto culpable graduable (evaluado al momento de determinarse la sanción), pues la cantidad de pena a imponerse (por ejemplo, al reincidente) será precisamente resultado de la gravedad empírica y normativa del hecho, la que ayudará a perfilar

¹⁶⁶ De modo crítico, MONGE FERNÁNDEZ afirma que “en el caso de la reincidencia, parece que la imposición de una pena privativa de libertad está desprovista de finalidades preventivas y, más bien, parece imbuida de tintes retribucionistas (...), la agravante de reincidencia constituye, a mi juicio, un grave quebranto de los principios inspiradores del Derecho penal de la culpabilidad, resultando además poco adecuado como instrumento de la política criminal, si tenemos en cuenta que la reincidencia supone un estrepitoso fracaso de los fines preventivos de la pena”. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, ob. cit., pp. 137-138.

y limitar, a su vez, su necesidad.

De otro lado, es cierto que un sector de la doctrina considera que la agravante de la pena producto de la condición de reincidente del sujeto no puede fundarse en un criterio preventivo general, ya que la eficacia misma de la pena para alcanzar este objetivo no se ha podido demostrar con exactitud (decir lo contrario y afirmar la agravante sobre la base de este fin supondría utilizar al ser humano para que los demás no delincan)¹⁶⁷.

No comparto esta posición, en primer lugar, porque la pena no se legitima solamente por buscar alcanzar un fin preventivo, sino también por orientar el trabajo legislativo y judicial a regular e imponer una pena justa (vid. supra). En segundo lugar, es cierto que la función comunicativa de la pena muchas veces no logra conducir eficazmente a la disuasión y al consenso¹⁶⁸, sin embargo, tal carácter simbólico de la medida no es suficiente para renunciar a ella.

Toda política criminal, respetuosa de los principios de un Estado social y democrático de Derecho, no debe abandonar el “norte” preventivo de la sanción, resaltar su utilidad en una sociedad que espera que el sistema penal se corresponda con la realidad y con la necesidad de seguridad¹⁶⁹. Claro está, la consecución de

¹⁶⁷ Cfr. MIR PUIG, Santiago (1976). *Introducción a las bases del Derecho penal*. Editorial Bosch Barcelona, p. 67. También, PALERMO, Omar, “Reincidencia, injusto y culpabilidad”, ob. cit., p. 15.

¹⁶⁸ HÖRNLE, Tatjana (2003). “Desarrollo y cambios en la teoría alemana de la determinación de la pena” (trad. Franchini), en *Determinación de la pena y culpabilidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 36.

¹⁶⁹ Con relación a la reincidencia y la necesidad de valorar la necesidad de seguridad como un criterio preventivo general de la pena, cfr. GARZÓN REAL, Baltazar y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (1991). “Reincidencia y Constitución”, en *Revista Actualidad Jurídica* (1), Gaceta Jurídica Editores, Lima, p. 5: “Si se concede siquiera un mínimo valor a la prevención general (como propone ROXIN en su teoría de la pena, incoherente con su postura en materia de reincidencia) entonces no puede desconocerse que los actos de reiteración delictiva generan, también, una conmoción de

dicho fin no puede llevarnos a otorgar “carta blanca” al Estado para imponer medidas drásticas, deshumanizantes. En esa línea, la mayor pena al reincidente debe ser útil, pero no desproporcionada¹⁷⁰.

2.3. Definición de términos¹⁷¹

- a) **Criminalización.** - Es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan. Por lo general, la criminalización primaria la ejercen agencias políticas (parlamentos y ejecutivos), en tanto que el programa que implican lo deben llevar a cabo las agencias de criminalización secundaria (policías, jueces, agentes penitenciarios). Es una declaración que usualmente se refiere a conductas o actos¹⁷².
- b) **Restricción de derecho.**- Los derechos fundamentales, si bien no deben ser condicionados en cuanto a su ejercicio, están sujetos a límites, explícitos o no. Estos derechos se tratan "de atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos". Es así que el ejercicio de los derechos

bienes jurídicos que no puede desconocerse, sino antes bien, que han de valorarse exactamente a efectos de mensurar la responsabilidad penal”.

¹⁷⁰ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte General, ob. cit., pp. 101-102: Indica que un modelo de Estado social y democrático de Derecho “aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores”.

¹⁷¹ Cfr. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Disponible en: www.omeba.com y LUJAN TUPEZ, Manuel (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima.

¹⁷² ZAFFARONI, Eugenio R. (2005). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Ediar, Buenos Aires, p. 7.

fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad. Ello no se contrapone a la convicción de entender que el Ser Humano ha de ser el centro de toda comunidad organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana.

- a) **Derecho Penal del Enemigo.** - El Derecho Penal del Enemigo constituye solo una manifestación, del fenómeno más amplio de transformación que desde hace unos años viene sufriendo el Derecho Penal y al que hiciera alusión precedentemente. Este concepto fue introducido en el debate por Günther Jakobs, en dos etapas diferentes. En 1985 se produce la primera de ellas, bastante más amplia, en la que vincula el concepto de Derecho Penal del Enemigo hacia los delitos de puesta en riesgo y delitos cometidos dentro de la actividad económica. Mientras que a partir de 1999 surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales, especialmente los delitos de terrorismo.
- b) **Endurecimiento de las penas.**- Los últimos cambios legislativos en materia penal, demuestran una tendencia al endurecimiento de la represión, al endurecimiento de las penas y al tratamiento desigual de ciertos sujetos delincuentes, a los que se les aplica un régimen penológico y de ejecución penal distinto y más gravoso. Lo que habría que preguntarse es a qué responde esta tendencia legislativa, en qué se basa, dónde encuentra su fundamento y sobre todo su legitimidad.
- c) **Ciudadano.**- Günter sostiene que hay que distinguir entre delincuentes que han cometido un error y aquellos que pueden destruir el ordenamiento jurídico. Los

primeros son personas y deben ser tratados como tales, pues ofrecen garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal. A quienes no ofrecen esa seguridad cognitiva, el Estado no debe tratarlos como persona, pues entonces vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. En palabras de Kant, según Jakobs, separarse de los enemigos significa protegerse frente a ellos.

- d) **Delincuente.-** es quien delinque; es decir, quien comete delito (un quebrantamiento de la ley), por lo tanto, está vinculada a las personas que violan las leyes y al conjunto de los delitos.
- e) **Derechos fundamentales.-** Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana.
- f) **Discurso de emergencia.-** Al decir de Zaffaroni, “las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo”, ya con la Inquisición aquellos se fundaban en el ataque de Satán y de las brujas. Así, es considerado como el primer discurso de emergencia, con alto nivel de desarrollo teórico, el *Malleus maleficarum* o Martillo de las brujas, escrito por Heinrich Kramer y James Sprenger, en 1484, y sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIII del 9 de diciembre del mismo año.
- g) **Dogmática penal.-** La dogmática jurídico-penal ordena los conocimientos, las particularidades, establece categoría, conceptos, construye sistemas, interpreta, sistematiza, todo en referencia al derecho positivo: su finalidad es proporcionar seguridad jurídica de otro modo inexistente.

- h) **Dogmática.-** Es un método de estudio e investigación jurídica y su objeto de investigación es la norma. La característica de este método jurídico (sistema) es la interpretación de la ley. La sede de la dogmática es la norma y el valor, pero no es absoluto en la medida que aceptará realidad y valor. La ciencia penal se expresa a través de la dogmática como sistema, aspira a establecer las bases para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad.
- i) **Endurecimiento de las penas.-** Los últimos cambios legislativos en materia penal, demuestran una tendencia al endurecimiento de la represión, al endurecimiento de las penas y al tratamiento desigual de ciertos sujetos delincuentes, a los que se les aplica un régimen penológico y de ejecución penal distinto y más gravoso. Lo que habría que preguntarse es a qué responde esta tendencia legislativa, en qué se basa, dónde encuentra su fundamento y sobre todo su legitimidad.
- j) **Función de la pena.-** En el caso normal del delito, la pena es una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente. El derecho penal dirigido específicamente contra terroristas, tiene más bien el cometido de garantizar la seguridad, que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico
- k) **Garantías constitucionales.-** Son los medios o instrumentos que la Constitución Política pone a disposición de los ciudadanos para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales.

- l) Interdicción de la arbitrariedad.-** Es un principio fuerte a favor de la justificación de las decisiones judiciales, ya que el respeto de este principio implica la fundamentación en base a razones objetivas de la decisión judicial, es decir, han de ser las razones ofrecidas por el Juez las que justifiquen la decisión, más no se tolerará aquellas decisiones que se basen en la voluntad o en el capricho del juzgador, puesto que la misma devendrá en una decisión arbitraria.
- m) Persona.-** “todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona y quien no lleve a cabo esta prestación puede ser heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona”. Un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía, no puede participar de los beneficios del concepto de persona.
- n) Política criminal de emergencia.-** De acuerdo con lo que se ha tenido ocasión de apuntar en el epígrafe anterior, la denominada “cultura de emergencia” se enmarca en un contexto caracterizado por la crisis del ideal resocializador que informaba la función del sistema penal del Estado del bienestar. En este orden de cosas, se verifica que medidas que antes eran adoptadas durante periodos de excepción o de emergencia se han generalizado para convertirse en la regla.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

- a) **Tipo de investigación:** Correspondió a una investigación Dogmática-Normativa y Teórica¹⁷³, que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre la relación existente entre el expansionismo penal y la reincidencia como circunstancia agravante calificada para la determinación judicial de la pena en el ordenamiento jurídico peruano.
- b) **Tipo de diseño:** Correspondió a la denominada No Experimental¹⁷⁴, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad es estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, sobre el expansionismo penal y la reincidencia en determinación judicial de la pena en el ordenamiento jurídico peruano.
- c) **Diseño General:** Se empleó el diseño Transversal¹⁷⁵, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir las variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado.

¹⁷³ Cfr. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (2001). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima. Así mismo siendo una investigación dogmática, de naturaleza teórica no es requisito la delimitación temporal ni espacial, requisito valido solo para las investigaciones empíricas o jurídicas sociales, que no es el caso de la presente investigación. Por tanto, especificar el lugar y tiempo de ejecución no es necesario.

¹⁷⁴ ROBLES TREJO, Luis et al (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

¹⁷⁵ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al (2010). *Metodología de la Investigación*. Editora McGraw-Hill, México, p. 151.

- d) **Diseño específico:** Se empleó el diseño explicativo¹⁷⁶, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema planteado sobre la relación entre el expansionismo penal y la reincidencia como circunstancia agravante calificada para la determinación judicial de la pena en el ordenamiento jurídico peruano.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se seguido en la construcción de la información y/o conocimiento. Proceso que incluye:

- a) Determinación de la población o sujetos de estudio
- b) Selección de la muestra
- c) Diseño del instrumento
- d) Aplicación del método para procesar la información

3.2.1. Población

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que genero la jurisprudencia correspondiente.

¹⁷⁶ Ibid. p. 155.

- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2017.

3.2.2. Muestra¹⁷⁷

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales.

3.2.3. Unidad de Análisis

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad. Además, la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- Unidad de registro: Documental en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenidos mediante los IRI.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información¹⁷⁸.

- a) Para recoger la información para validar, cuestionar y alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos

¹⁷⁷ Ibid., pp. 251- 258.

¹⁷⁸ ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 127-132.

instrumentos fueron las fichas textuales, resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.

- b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.
- c) Para obtener datos y/o información de las normas jurídicas se empleó la técnica exegética, hermenéuticas, teleológica, con el cual se pudo determinar el contenido, alcances, limitaciones que presentan las normas jurídicas estudiadas.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo¹⁷⁹, para lograr la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina, para lo cual se empleó la argumentación jurídica para el análisis de la información. Los criterios que se siguieron en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información.

¹⁷⁹ BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. Editorial Trillas, México, 1986, p. 43.

Finalmente, los datos que se obtengan con los instrumentos antes indicados sirvieron para **validar la hipótesis**¹⁸⁰ en base la teoría de la **argumentación jurídica**¹⁸¹, debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados.

¹⁸⁰ ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Editorial Ffecaat, Lima, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino (2011). *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, pp. 112 y ss. “Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida un determinado marco teórico y permanece en él. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico”

¹⁸¹GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el derecho*, Editorial Palestra. Lima, p. 49

IV. RESULTADOS

4.1. La regulación peruana sobre la reincidencia

La reincidencia, como agravante de la pena en el Perú, constituye una vieja figura incluida en los códigos penales de 1863¹⁸² y de 1924¹⁸³, y aunque proscrita por el Código Penal de 1991, su reingreso al ordenamiento punitivo no se dio con la Ley N° 28726 (del 9 de mayo de 2006), sino que la misma ya regía y rige para casos de terrorismo, conforme se estipula en el art. 4 del D. Leg. N° 921¹⁸⁴ (el D. Ley N° 25475 o “Ley Antiterrorista”, del 5 de mayo de 1992, también la reguló¹⁸⁵).

Es decir, si bien la Reincidencia y la Habitualidad, se encontraban proscritas en nuestro Código Penal de 1991; sin embargo, desde su incorporación por medio de la Ley N° 28726, de fecha 09 de mayo del 2006, éstas figuras han ido evolucionado e incluso ampliando su marco de aplicación, así analizaremos su evolución legislativa mediante la expedición de las Leyes N° 29407, del 18 de setiembre del 2009, Ley N° 29570, del 25 de agosto del 2010, la Ley N° 29604, del 22 de octubre del 2010, la Ley N° 30068, del 18 de julio del 2013, la Ley N° 30076, del 19 de agosto del 2013, y finalmente el Decreto Legislativo N° 1181, del 27 de

¹⁸² En el CP de 1863 se reguló a la reincidencia de esta forma: “Art. 10. Son circunstancias agravantes: (...) 14. Ser el culpable reincidente en delito de la misma naturaleza, o consuetudinario, aunque sea en otros de diversa especie”.

¹⁸³ En el CP de 1924, se reguló, en el art. 111, lo siguiente: “Es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena de pena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito también con pena privativa de la libertad”. Y en el art. 112 se regula que: “Los reincidentes serán reprimidos con pena no menor que el máximo de la que corresponde al delito”.

¹⁸⁴ En el D. Leg. n° 921 se indica lo siguiente: “la pena máxima para la reincidencia contemplada en el artículo 9 del Decreto Ley n° 25475 será de cadena perpetua”.

¹⁸⁵ En el D. Ley N° 25475 o Ley Antiterrorista, en su art 9, se indicó que: “Los reincidentes serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de treinta años”.

julio del 2015; así como las razones por las cuales en menos de diez años de vigencia y existencia, dichas instituciones han venido modificándose hasta en siete oportunidades

De modo polémico para un sector de la doctrina penal peruana¹⁸⁶, la Ley N° 28726 (del 9 de mayo de 2006) modificó el Código Penal de la siguiente forma¹⁸⁷: por un lado, se insertaron en el art. 46 del CP dos agravantes genéricas de la pena: la habitualidad del agente al delito (inc. 12) y la reincidencia (inc. 13). Por otro lado, se incorporaron disposiciones en las que se definieron dichas agravantes y se las reguló como cualificadas: art. 46-B¹⁸⁸ y 46- C¹⁸⁹. De esta manera, la reincidencia y la habitualidad tuvieron en el Perú un doble tratamiento normativo, como agravantes genéricas y cualificadas¹⁹⁰.

¹⁸⁶ En contra de la inclusión de la reincidencia y la habitualidad al CP peruano, ORÉ SOSA, Eduardo, “El endurecimiento del Derecho penal a través de las leyes 28726 y 28730”, en AJ (junio), 2006, pp. 13-21. También, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, “La Ley penal sobre reincidencia y habitualidad. El retorno a los postulados del positivismo criminológico”, pp. 13-21. Con relación a la incorporación de la habitualidad delictiva como circunstancia que permite la aplicación de la prisión preventiva, vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “Modificación de los requisitos materiales de la prisión preventiva. La reducción de la pena probable y la incorporación de la habitualidad delictiva”, en AJ (junio), 2006, pp. 33-36.

¹⁸⁷ Sobre los alcances de la Ley n° 28726, recojo en gran parte lo comentado en: ALCOCER POVIS, Eduardo, “El reincidente como enemigo. Aproximación al tema”, en Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho penal 2008, Lima 2009, pp. 247 y ss.

¹⁸⁸ Se incorporó el art. 46-B al CP, cuyo contenido era el siguiente: “El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados”.

¹⁸⁹ En el art. 46-C del CP se indicó lo siguiente: “Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”.

¹⁹⁰ En el Proyecto de Ley n° 13600/2005, se indica: “El asunto de la seguridad ciudadana no es sólo incrementar la cantidad de policías en las calles o dotar de más armamento, requiere necesariamente de la promulgación de leyes más prácticas concretas y de acuerdo con nuestra realidad. La reincidencia debe ser penada porque no es posible que la Ley permita que cualquier persona robe hasta un equivalente de mil 840 nuevos soles por día y no sea sancionado, pues esta acciones

4.2. Tratamiento jurisprudencias: Posición del Tribunal constitucional y Poder Judicial

4.2.1. Posición del Tribunal Constitucional

En cuanto a su contenido, es importante hacer referencia a la STC N° 0014-2006-PI-TC¹⁹¹ y al Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116¹⁹², pues en estos documentos fueron fijadas algunas reglas para la aplicación de estas figuras¹⁹³.

El Tribunal Constitucional peruano ensayó una definición, no libre de crítica. El Tribunal, en la sentencia antes referida, consideró que: “(...) la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior”. Discrepo de esta posición. La reincidencia no es una “situación fáctica”, sino es un supuesto normativo de agravación de la responsabilidad penal. Lo fáctico (el nuevo hecho) es valorado negativamente, pues el agente se enfrenta nuevamente

constituyen faltas”. El legislador confunde la agravante de reincidencia con los casos de delito continuado.

¹⁹¹ En esta Sentencia, el TC peruano analizó la constitucionalidad de la Ley n° 28726, que incorporó al CP a la reincidencia y a la habitualidad como agravantes genéricas y cualificadas de la pena. Lo contenido en dicha resolución fue anteriormente expuesto, en gran parte, por el propio TC en la STC n° 003-2005-PI/TC, que analizó la constitucionalidad del art. 9 del D. Ley n° 25475 (Ley contra el terrorismo).

¹⁹² El art. 301-A del CdePP establece, entre otras cosas, que las resoluciones judiciales emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema y los Acuerdos Plenarios constituyen precedente vinculante cuando así se indique en las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Según dicha disposición procesal, se requiere para su obediencia o efecto vinculante, de su publicación en el diario oficial o por Internet, en el Portal del Poder Judicial.

¹⁹³ El Acuerdo, conforme lo anota, tomó como referencia “los Plenos Jurisdiccionales Distritales, Regionales y Nacional de Magistrados de lo Penal realizados en Arequipa, Lima e Iquitos, que analizaron y decidieron sobre los alcances hermenéuticos de la Leyes n° 28726 y 28730, en lo que atañe: a) a las circunstancias de reincidencia y habitualidad (art. 46°, incisos 12 y 13, 46° B, 46° C, y 69° del CP) y así como al b) concurso real de delitos (arts. 50° y 51° del CP). Particularmente en lo referente a sus presupuestos y requisitos legales, así como sobre sus efectos en la determinación de la pena concreta”.

al ordenamiento jurídico. El nuevo hecho es otro para el Derecho, es un hecho más aflictivo.

El Tribunal Constitucional, en la STC N° 0014-2006-PI/TC, indicó lo siguiente: “Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el nomen iuris que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de las sanciones: una sanción por la comisión per se del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona”.

El Tribunal Constitucional se coloca en el lugar del legislador y explica los alcances –no establecidos en la Ley N° 28726, entonces vigente en el Perú– de la figura de la reincidencia. Señala que una persona es reincidente cuando, luego de realizarse la subsunción típica de la conducta (debería decir: luego de verificarse la responsabilidad penal), se identifica la existencia de antecedentes penales por el “mismo delito”.

Es decir, el Tribunal Constitucional restringe la aplicación de la agravante a los casos en los que haya identidad “absoluta” de delitos cometidos y no sólo a los casos en que haya sólo identidad de delitos dolosos, como se reguló expresamente, en la Ley cuya constitucionalidad se analizó (identidad relativa de tipo penal)¹⁹⁴.

4.2.2. Posición del Poder Judicial

De otro lado, en el Acuerdo Plenario N° 1-2008-CJ/116 se describió la posición de la Corte Suprema en relación con la finalidad y el fundamento de la reincidencia. Así, se afirmó que “la reincidencia [tiene como] finalidad [responder] a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto (...)”¹⁹⁵.

Así, este párrafo contradijo al Tribunal Constitucional, que afirmó que la finalidad de la agravante era preventiva general: “Proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general” (STC N° 0014-

¹⁹⁴ La Corte Suprema, en el R.N. N° 3844-2009-Lambayeque, del 24 de junio de 2010, mencionó que no es un requisito para la aplicación de la agravante de reincidencia, que “el delito posterior sea de la misma naturaleza” que el anterior. Sin embargo, la Corte, en otras resoluciones, consideró a un sujeto reincidente, en tanto el delito anterior es “similar” o de la “misma clase”, respecto del nuevo delito cometido. Ello se puede observar en las siguientes ejecutorias: R.N. N° 3388-2009-Santa, del 27 de mayo de 2009; R.N. N° 3807- 2013-Junín, del 12 de agosto de 2014 y R.N. N° 1314-2013-Lima, del 5 de julio de 2013. De otro lado, en otras resoluciones, la Corte, sin afirmar expresamente que se está ante una situación de reincidencia, consideró como criterio para agravar la pena que el agente haya cometido delitos similares (R.N. N° 4246- 2009-Lima, del 14 de junio de 2010 y R.N. N° 1407-2013-Lima, del 18 de marzo de 2014).

¹⁹⁵ Al respecto, se tiene el Proyecto de Ley N° 12450/2004-CR, presentado el 4 de marzo de 2005, en cuya Exposición de Motivos se puede leer lo siguiente: “El carácter del delincuente habitual resulta de la inclinación al delito, es una costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos y es un modo de obrar del sujeto. Esta se verifica no sólo mediante las sentencias condenatorias sino también a través de [los] antecedentes policiales y penales./ Es importante entender que el juez, al imponer una pena al infractor habitual, no está evaluando y juzgando por los hechos delictivos pasados, sino que se le juzga por el hecho actual, pero considerando como agravante la repetición de hechos delictivos en el tiempo, entendiéndose que el infractor se mantiene en un estado de peligrosidad, del cual hay que proteger a la sociedad en su conjunto con medidas de carácter especial, como imponer una sanción más severa para lograr que la pena cumpla su función resocializadora”.

2006- AI/TC). En la conjugación de ambas finalidades podemos encontrar el objetivo que se tuvo al regular la reincidencia en el Perú.

En cuanto al fundamento de la agravante, éste se halla, según ambos documentos, en la agravación de la responsabilidad en virtud de la “conducción de la vida delictiva”¹⁹⁶. No estoy de acuerdo con esta posición. No es suficiente el mero pasado criminal para que el Estado responda de forma más grave. Al reincidente se le sanciona de modo distinto por haber realizado un hecho más grave y porque se le exigía comportarse conforme a derecho. Además, entre otras razones, porque al volver a delinquir dio muestra de peligrosidad¹⁹⁷. Se trata de una peligrosidad fundada en criterios normativos (su determinación depende del análisis de elementos objetivos y subjetivos). Caso contrario, la presunción de riesgo que recae sobre el reincidente será ilegítima (basada en la mera intuición).

Otra información importante, incluida en el Acuerdo, es la que establece que la reincidencia y la habitualidad “no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden

¹⁹⁶ En las SSTC N° 0014-2006-AI/TC y 003-2005-PI/TC se indica lo siguiente: “[L]a reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que corresponde por la comisión del delito, considerado de modo aislado”. Ambas sentencias comparten el mismo texto.

¹⁹⁷ En el párrafo 12, del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, se indica que “esa calificación [peligrosidad], como es evidente, tiene un alto valor simbólico social”. También se menciona que “la agravación de la pena sólo se producirá cuando el sujeto manifiesta con su delito un menosprecio hacia el bien jurídico tutelado y que no ha sido impresionado por la pena anterior, al punto de evidenciar que la sanción impuesta no le ha conducido a llevar un comportamiento social adecuado a la norma. Por lo que debe verificarse, en cada caso, si se le puede reprochar al autor, reincidente, que no haya tomado como advertencia la anterior condena”.

agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional”. Con esto, se deja de lado la valoración de la cualidad de reincidente y habitual como agravantes genéricas (art. 46 del CP) para utilizarla sólo como agravantes cualificadas (art. 46-B y 46-C)⁶⁴⁰.

Lo acordado por la Corte Suprema puede discutirse por su confrontación con el principio de proporcionalidad (se optó por tratar a la reincidencia como una agravante cualificada y no como una agravante menos aflictiva como la genérica). Además, es cuestionable que mediante este tipo de decisiones se declare la “inaplicación” de una norma en favor de otra. En otras palabras, ilegítimamente el juez se colocó en el lugar del legislador “derogando” tácitamente una disposición legal.

Además, en el Acuerdo se indica que “la condición cualificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el nuevo máximo de la pena básica será el límite fijado por el art. 46 B para dicho tipo de agravante” (un tercio o una mitad por encima del máximo legal, respectivamente). Asimismo, se menciona en el Acuerdo que, para aplicar la agravante, ésta debe haber sido solicitada por el Fiscal en la acusación¹⁹⁸. Por último, en el Acuerdo, al

¹⁹⁸ En esa línea, la Corte Suprema ha tenido una posición uniforme respecto la necesidad de que el Fiscal solicite la aplicación de la agravante en la acusación. Ello se puede observar en las siguientes ejecutorias:

interpretar los arts. 46-B y 69 del CP, se afirma que la reforma de esta última disposición tuvo lugar con la Ley N° 28730, del 13 de mayo de 2006, cuatro días después de dictarse la Ley N° 28726 que reintrodujo en el Código Penal justamente, entre otras categorías, a la reincidencia.

Por lo que la primera de las normas, por ser posterior, modificó implícitamente a la segunda. En esa línea, el texto del art. 69 del Código Penal, al indicar que “la reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena”, derogó lo dispuesto en el párrafo final del art. 46-B del Código Penal que establecía lo siguiente:

“A efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados”. Con esto, se concluye que “la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta”.

Al respecto, es de destacar dos puntos: primero, la regulación del actual art. 69 del Código Penal, termina con la frase “nueva pena”, lo que reafirma que la consecuencia penal del hecho cometido por el reincidente o por el habitual, como agravantes cualificadas, es una nueva sanción y, segundo, el “olvido” estadual de los antecedentes penales de la persona no es coherente con la figura de la

R.N. N° 3807-2013-Junín, del 12 de agosto de 2014; R.N. N° 2726-2013-Lima, del 18 de marzo de 2014; R.N. N° 2309-2014-Ucayali, del 27 de octubre de 2015; entre otras resoluciones.

reincidencia (de otro modo, no se podría sustentar la aplicación de una pena distinta).

Por otro lado, el legislador consideró que la aplicación de las agravantes será facultativa (se indica expresamente: el juez “podrá”)¹⁹⁹. Además, lo cuestionable es que no se haya estipulado en la Ley N° 28726 un plazo entre la culminación de la ejecución de la pena (en todo o en parte) impuesta por el primer delito cometido⁶⁴³ y el nuevo hecho criminal.

Asimismo, el legislador determinó que se configurará la reincidencia y la habitualidad siempre que el delito anteriormente cometido y el nuevo, o nuevos hechos criminales, según se trate de la reincidencia o la habitualidad, sean dolosos, lo cual constituye un paso importante en orden a determinar la peligrosidad del sujeto (una persona al actuar dolosamente manifiesta la intención de enfrentarse al ordenamiento jurídico).

No se menciona (omisión que se mantiene en las siguientes normas que regulan la reincidencia en el Perú) si entre el delito que fue objeto de sentencia condenatoria y el nuevo hecho criminal debe existir o no alguna relación de identidad objetiva (por ejemplo, no se indica si deben ser de la “misma naturaleza” o deben de tener “el mismo bien jurídico”, entre otras posturas desarrolladas por la doctrina y la legislación comparada).

¹⁹⁹ En el R.N. N° 2979-2012-Lima, del 12 de septiembre de 2013, la Corte Suprema, a pesar de que el condenado cumplía con los requisitos para ser considerado reincidente, no le aplicó la agravante por apreciar que la pena impuesta en primera instancia fue “proporcional” al injusto cometido.

Con la Ley N° 28726 se modificó el libro de faltas, indicándose en el art. 440.7 del CP lo siguiente: “Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado”. De esta forma, se incluye al CP la reincidencia en el caso de estas infracciones penales, dejándose de lado a la habitualidad. Esta disposición debe interpretarse sistemáticamente con el art. 46-B del mismo texto legal, sin la exigencia de la previa ejecución de la condena.

Y es que, en el caso de faltas, la regla general es que no se sancionen con pena privativa de libertad (sólo en casos de reincidencia en las faltas establecidas en los arts. 441 –lesiones– y 444 del CP –hurto y daño–, es posible la conversión a dicha pena). Por lo tanto, lo dispuesto en el art. 46-B complementa el mensaje normativo del art. 440.7 del CP respecto al concepto de “reincidencia”, salvo en la exigencia de que el agente haya “sufrido” la cárcel producto de una condena.

Así también se anotó en el Acuerdo Plenario N° 1-2008-CJ/116: “La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta”²⁰⁰.

Además, la Corte Suprema agrega: “La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido,

²⁰⁰ La Corte Suprema comete un error al considerar que en la legislación peruana se regula la sanción a los “partícipes” de una falta. En el art. 440.2 se indica expresamente que en caso de faltas “sólo responde el autor”.

el máximo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original”. Con ello, la judicatura incluye un criterio de cuantificación de la pena, que excede lo dispuesto por el legislador en el art. 46 del CP, que regula los criterios genéricos de determinación de la pena en el Perú.

Asimismo, el legislador aumentó el plazo de prescripción de la acción penal en las faltas dolosas cuando se presente la circunstancia agravante de reincidencia. En efecto, se modificó el art. 440.5 del CP de la siguiente forma: “La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia, prescriben a los dos años”. Considero importante que se haya optado por agravar el plazo de prescripción de la acción penal en caso de reincidencia por faltas, pues de modo implícito se aprecia que dicha circunstancia agrava el injusto y lo hace más “reprochable”. Con el añadido que la prescripción, para la Corte Suprema, tiene naturaleza sustantiva⁶⁴⁵ (similar posición tomó el Tribunal Constitucional en las SSTC N° 1805-2005-HC/TC y 2522-2005-PHC/TC).

De otro lado, el legislador, a pesar de regular a la reincidencia delictiva como circunstancia agravante cualificada, no le da un efecto ampliatorio del plazo de prescripción de la acción penal.

En el mencionado Acuerdo, la Corte Suprema indica: “Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera, la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte del inciso 5 del artículo 440”. Aunque se estableció un criterio

de interpretación saludable, en orden a limitar la aplicación de esta circunstancia agravante sólo a los casos en los que se manifieste objetivamente peligrosidad (la determinación de un plazo de prescripción de la reincidencia ayuda a delimitarla); sin embargo, no debe dejarse de lado que se trata de una disposición no regulada legislativamente hasta ese momento. La Corte Suprema estableció un requisito no indicado en la Ley.

En lo procesal, la Ley N° 28726 modificó el art. 135.2 del CPP de 1991, que regula los requisitos para imponer una prisión provisional. Se estableció que para decretar tal medida cautelar basta que el juez haya verificado la suficiencia probatoria, el vínculo del procesado con la comisión del delito y el requisito de la peligrosidad o habitualidad para imponer la prisión provisional como medida cautelar. Sin que sea así necesario que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad.

4.3. Determinación judicial de la pena: Reincidencia a propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076²⁰¹

4.3.1. Determinación judicial de la pena

El proceso de determinación de la pena es, ciertamente, complejo. Bien se sabe que ella admite dos instancias: la legal y la judicial. La determinación legal se realiza —aunque huelgue decirlo— en abstracto, e incide en el tipo de pena y en el

²⁰¹ ORÉ SOSA, Eduardo (2013). “*Determinación judicial de la pena. reincidencia y habitualidad. a propósito de las modificaciones operadas por la ley 30076*”. Disponible en: www.incipp.org.pe/archivos/.../determinacion_judicial_de_la_pena_-_incipp.pdf

marco previsto (mínimo y máximo) en el Código Penal para cada delito.²⁰² La ley también establece circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, esto es, aquellas que tienen por virtud atenuar o agravar las penas fijadas en abstracto para cada hecho punible.

Estas pueden corresponder a la misma parte especial (p. ej. las formas agravadas de los delitos de homicidio, robo y tráfico ilícito de drogas) o a la parte general del Código Penal (p. ej. la reincidencia, la habitualidad, la tentativa o la omisión impropia). La instancia de determinación judicial o de individualización de la pena, por el contrario, no se realiza en abstracto, sino que atiende a las especificidades del caso concreto: mira tanto al delito cometido (injusto) como a la culpabilidad del autor.

Para ello, debe atender a una serie de criterios que el mismo legislador establece, sobre todo, en el artículo 46 del Código Penal. Como se puede ver, la fase de concreción o individualización de la pena no se abandona al libre arbitrio judicial, pues dicha tarea debe respetar los límites legales previamente establecidos (mínimos y máximos de la pena básica, y las circunstancias modificativas), así como valorar en el caso concreto los factores propuestos por el legislador para la dosificación de la pena (naturaleza de la acción, medios empleados, importancia de los deberes infringidos, extensión de los daños, etc.).

²⁰² Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (2004). “*Aplicación y determinación de la pena*”. en: GRACIA/ BOLDOVA/ ALASTUEY. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 220, quien señala: “... la ley, al prever un hecho sancionable como delito, es fruto de un proceso de abstracción y no puede tener en cuenta todos los datos particulares del hecho y de su autor (circunstancias de tiempo, lugar, medios utilizados, características personales de la persona responsable, etc.) de los que el Juez va a disponer para enjuiciar un caso concreto.”

Y para redundar en la complejidad de la determinación judicial de la pena, el órgano jurisdiccional deberá atender, como señala PRADO SALDARRIAGA, a la función preventiva de la pena y a las exigencias de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.²⁰³

Ya sin incidir en normas de carácter procesal que habilitan al Juez a reducir el quantum de la pena. Habrá menos margen de discrecionalidad, pero también menos ámbito para la arbitrariedad;²⁰⁴ a lo que se añade el deber de motivación de las sentencias y el derecho al recurso, que reduce, igualmente, las cotas de arbitrariedad.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 30076, carecíamos de un “procedimiento” de determinación judicial de la pena, toda vez que no se contaba con normas que regulasen los pasos a seguir para la determinación de la pena concreta.²⁰⁵

En efecto, las previsiones de los artículos 45 y 46 del Código Penal –antes de la última modificación–, si bien establecían importantes criterios para la determinación y fundamentación de la pena, no contenían reglas sobre el momento

²⁰³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2000). *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 100.

²⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2006). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Trotta, Madrid, p. 539.

²⁰⁵ La “técnica legislativa”, en este punto, adolecía de problemas de gran calado; como señala PRADO SALDARRIAGA, el Código penal nacional “posee una limitada, oscura y dispersa normatividad sobre la determinación judicial de la pena. Efectivamente, sus disposiciones al respecto se encuentran repartidas, cuando no confundidas, en artículos aislados de la Parte General, así como en asistemáticas normas de la Parte Especial. Es más, también coexisten reglas sobre la determinación judicial de la pena esparcidas en la legislación procesal penal vigente”, vid. PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2010). *Determinación judicial de la pena y Acuerdos Plenarios*. Editorial Idemsa, Lima, 2010, pp. 119-120.

y modo de aplicación de las agravantes cualificadas o de las atenuantes privilegiadas.

Peor aún, tampoco se pronunciaba sobre el camino a seguir ante la concurrencia de circunstancias agravantes, atenuantes o ambas a la vez. Por si fuera poco, aún hoy, tenemos una multiplicidad de normas —dispersas por toda la parte general del Código Penal— a las que el Juez necesariamente tiene que acudir para determinar la pena: omisión impropia (art. 13 in fine); error de prohibición vencible (art. 14); error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15); tentativa (art. 16); eximentes incompletas (art. 21); imputabilidad restringida (art. 22); complicidad secundaria (art. 25); agravante por prevalimiento del cargo (46-A); reincidencia (46-B); habitualidad (46-C); concurso ideal (art. 48); delito masa (art. 49); etc.

Ya sin abundar en otras normas, de carácter procesal, que afectan igualmente a la determinación de la pena concreta, v. gr. confesión sincera (art. 161 CPP) y terminación anticipada (art. 471 CPP). En algunas de estas disposiciones, el legislador se limita a señalar que la pena será atenuada o disminuida prudencialmente, sin señalar de manera expresa si la reducción se realizará incluso hasta límites inferiores o por debajo del mínimo legal.

Y si bien algunos autores pueden hacer una interpretación favor rei, entendiendo que la pena a imponer puede estar ubicada por debajo del mínimo —sin que señalen algún límite, con lo cual, al menos en teoría, la pena privativa de libertad podría ser reducida hasta los dos días—, esto no niega el hecho de las deficiencias con que se ha regulado una materia tan importante como las penas.

Consecuentemente, y vaya esto por delante, debe valorarse positivamente la intención de la Ley 30076 –y sus antecedentes, los Anteproyectos del 2004 y del 2009– de establecer un nuevo procedimiento de determinación judicial de la pena de carácter secuencial, pues ello reduce los niveles de indeterminación.

Desde luego, no se ha pretendido llegar a un sistema próximo a la pena tasada, o a un sistema que busque la pena puntual (pena exacta y supuestamente acorde al grado de culpabilidad), pero sí acoger un sistema que, dejando un margen de discrecionalidad al Juez para la valoración del injusto y la culpabilidad (pues el sistema de tercios siempre deja un margen para que el Juez proceda a individualizar la pena), y de otros criterios de política criminal (p. ej. necesidad de pena), contenga reglas claras y sistemáticas de determinación judicial de la pena.

Por lo demás, esto serviría también al fin informador de la norma penal: más allá de un pretendido efecto disuasivo de la pena, el potencial agente debe conocer cuál sería la consecuencia jurídica de su conducta criminal. Este sistema, previsto en el artículo 45-A del Código Penal, tiene como fuente las normas sobre determinación de la pena del Código penal colombiano.

Dicho ordenamiento, según VELÁSQUEZ²⁰⁶, adopta un sistema de cuartos que no es más que un procedimiento en el que la determinación de la pena se desarrolla en base a niveles o pasos sucesivos:

²⁰⁶ VELÁSQUEZ, Fernando (2009). *Derecho penal. Parte general*. 4° ed., Editorial Comlibros, Bogotá, pp. 1092 y ss.

1. En el primer nivel, se determina el marco penal aplicable en función al marco punitivo abstracto (tipo básico), y las circunstancias específicas o genéricas que lo modifiquen (ejms. abandono del lugar del accidente, en homicidio culposo; y tentativa, respectivamente).

2. Una vez determinado este espacio punitivo, se procede, en el segundo nivel, a dividir el marco penal resultante en cuatro partes, para, luego, determinar el “marco penal concreto” según concurran o no las circunstancias agravantes o atenuantes de los artículos 55 y 58 del Código penal colombiano [circunstancias similares a las que nosotros tenemos en el artículo 46 del Código penal vigente].

3. En el tercer nivel, se procede a la individualización judicial propiamente dicha, para lo cual se ha de atender a la mayor o menor gravedad de la conducta, al daño real o potencial creado, a la intensidad del dolo, a la preterintención o la culpa concurrentes, a la necesidad de pena, al mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, etc.

4. El cuarto y último nivel, a operar cuando sea el caso, se corresponde con las rebajas de la pena final en aplicación de normas procesales de preacuerdo y allanamiento, propias de la “justicia negociada”.

De manera similar a lo dispuesto en la legislación de nuestro vecino del norte, el Anteproyecto de Código Penal de 2004 ya había implementado un “sistema de cuartos”. No obstante, se podían plantear algunos problemas, toda vez que, a diferencia de la legislación colombiana, muchas de nuestras atenuantes

privilegiadas²⁰⁷ no establecían claramente la proporción en que se disminuye la pena abstracta.

En efecto, por citar algunos ejemplos, mientras en el Código penal colombiano la tentativa se sanciona con “pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada”, entre nosotros el “Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”; si en aquel, todo exceso en una causa de justificación se sanciona con una “pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible”, en nuestro Código penal se señala, en el artículo 21, que “el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”; si en la legislación colombiana, “la pena se rebajará en la mitad” tratándose del error de prohibición vencible, aquí el legislador simplemente señala que “se atenuará la pena”.

Lo anterior generaba el problema de acometer lo que en el sistema de determinación judicial de la pena colombiano constituía el primer nivel, a saber, determinar el marco penal abstracto, ya que, como acabamos de ver, nuestras

²⁰⁷ Últimamente parece negarse la existencia, en nuestro sistema, de circunstancias atenuantes privilegiadas. Se dice que las circunstancias son elementos accidentales que no pertenecen al delito. Sin embargo, es de tener en cuenta que, llámese como se le llame, la tentativa, las eximentes incompletas, la imputabilidad restringida, etc., constituyen supuestos que afectan al injusto y a la culpabilidad, con lo cual, inciden indudablemente en el quantum de la pena, fijándola incluso por debajo del mínimo de la pena abstracta; esto es, también modifican el marco punitivo original [aunque, bien es verdad, el legislador no señala aún en qué proporción]. Por otro lado, que una circunstancia no pertenezca al delito o a su estructura, sino que se relaciona con la pena o la punibilidad, solo podría ser cierto según el concepto de delito que se asuma: como conducta típica, antijurídica y culpable, por un lado, o como un injusto culpable y punible, por otro; vid. MIR PUIG, Santiago (2008). *Derecho Penal. Parte General*. 8° ed., Editorial Reppertor, Barcelona, p. 609: Que las circunstancias modificativas sean elementos accidentales del delito por afectar no a su presencia, sino a su gravedad, no impide que afecten a elementos esenciales del delito, aumentando o disminuyendo su cantidad.

atenuantes privilegiadas de la parte general no establecen la proporción en que se ha de mover el marco penal del tipo básico.

El Anteproyecto de 2009, más allá de haber postulado un sistema de tercios en lugar de cuartos, que en sí no representa una diferencia fundamental, añadió algunas reglas para el caso de concurrencia de “circunstancias atenuantes o agravantes cualificadas”, sistema que, palabras más palabras menos, figura hoy en el inc. 3 del artículo 45-A del Código Penal.²⁰⁸ Subsiste, sin embargo, el problema de determinar hasta dónde se ha de extender el espacio punitivo ante la concurrencia de atenuantes privilegiadas [no parece suceder lo mismo con las agravantes cualificadas, pues el legislador generalmente señala el quantum agravatorio] que no indiquen la proporción por debajo del mínimo hasta donde procede la reducción de la pena.

Una opción, sería entender que podría reducirse hasta el mínimo previsto para las penas privativas de libertad, esto es, dos días. De ser este el caso, sería aconsejable modificar de una vez el artículo 29 del Código Penal y elevar la duración mínima de este tipo de pena, pues existe consenso en repudiar penas privativas de libertad de cortísima duración. Otra opción sería concretar, en una próxima reforma, la proporción en que se ha de disminuir las penas en los casos de

²⁰⁸ Art. 45-A inc. 3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

- a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
- b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
- c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

tentativa, error de prohibición vencible, complicidad secundaria, eximentes incompletas, etc.

4.3.2. Factores para fundamentar y determinar la pena (art. 45 CP)

En buena parte de lo contenido en el primer inciso del artículo 45 debería ser regulado como una circunstancia agravante en el artículo 46. Esto porque si bien las situaciones de “abuso” del cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad pueden incrementar el desvalor de la conducta o en la culpabilidad del autor, incidiendo, de este modo, en la cuantificación de la pena (agravarla), resulta necesario recurrir en estos casos a la cláusula de excepción que busca evitar la doble valoración o bis in idem, esto es, la que está contenida en el primer párrafo del artículo 46 CP (“siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible”).

Por lo demás, el legislador vuelve a incorporar estos supuestos en la agravante del artículo 46 inc. 2 h), propuesta que, por lo dicho anteriormente, nos parece más acertada. Los demás criterios de fundamentación y determinación, vale decir, “las carencias sociales que hubiese sufrido el agente” (inc. 1), “su cultura y sus costumbres” (inc. 2) y “los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen” (inc. 3) se corresponden con el texto anterior a la modificación y, a pesar de los cambios operados en cuando al sistema de determinación judicial, creemos que siguen surtiendo sus efectos tanto para la individualización de la pena dentro de la parte correspondiente (tercio inferior, tercio superior o tercio intermedio), como para determinar la aplicación de un

sustitutivo (conversiones) o una medida alternativa (suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, etc.).

No otra parece la solución si se pasan estos factores por el tamiz de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y necesidad.

4.3.3. Sistema de tercios

El flamante artículo 45-A del Código Penal introduce, como ya se había adelantado, un nuevo sistema de individualización de la pena. Aun cuando a algunos lo pudieran considerar innecesario, nos parece un acierto el hecho de que se destinen los dos primeros párrafos de este dispositivo a reglas básicas vinculadas al deber de motivación de los fallos, así como al *ne bis in idem*. a) Concreción de la pena en delitos donde no concurren circunstancias modificativas calificadas o privilegiadas.

El caso más simple, en nuestro criterio, sería aquel donde no concurren circunstancias de agravación calificada ni atenuantes privilegiadas. Aquí, se ha de proceder a dividir el marco penal abstracto del tipo penal (sea este un delito simple o en su forma agravada) en tres partes, obtendremos así un tercio inferior, un tercio intermedio y un tercio superior (art. 45-A inc. 1).

Para determinar en qué tercio se ha de individualizar la pena (pena concreta) debemos atender a la concurrencia de las circunstancias de atenuación y agravación genéricas, esto es, las previstas en el artículo 46 CP. De este modo, si no existen circunstancias atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determinará dentro del tercio inferior. Cuando

concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. La pena se determinará dentro del tercio superior cuando solo concurran circunstancias agravantes.

Finalmente, ubicado el tercio correspondiente, el Juez procederá a individualizar la pena en atención al alcance o entidad del injusto cometido, para lo que ha de atender a valorar los factores previstos en el artículo 45 CP (v. gr. las carencias sociales que hubiese sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen) y 46 CP [en el paso anterior, se constataba la concurrencia de la circunstancia, sin llegar a ponderar o valorar su entidad].

De ser el caso, no obstante, habría que tener en cuenta la posible aplicación de una reducción de la pena ya individualizada en atención a las normas de la confesión sincera, terminación anticipada (arts. 161 y 471 del CPP 2004, respectivamente) u otras de similar naturaleza. b) Concreción de la pena en delitos con circunstancias modificativas cualificadas o privilegiadas En este supuesto, se ponen de manifiesto problemas de técnica legislativa.

El inc. 3 del artículo 45-A pretende indicar cómo se determinará la pena concreta cuando concurran atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas. Y así, señala que tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior [lit. a)]; tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior [lit. b)].

Con lo cual, parece producirse un alejamiento de la fórmula colombiana, pues en aquel sistema, según lo anotado anteriormente, las circunstancias modificativas cualificadas o privilegiadas debían ser tomadas en cuenta antes de proceder a dividir el marco punitivo en cuatro.

En nuestro caso, el legislador pareciera indicar que el marco penal abstracto siempre se habrá de dividir en tres desde un principio, sea que concurren o no circunstancias agravantes cualificadas o atenuantes privilegiadas. Con lo cual, la pena a imponer por ejemplo, al autor reincidente [que tiene por efecto, en el supuesto simple o básico, incrementar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal] se ha de ubicar dentro del tercio superior o hasta en una mitad por encima del máximo legal.

A propósito de esto, no pareciera aplicable la interpretación de que el extremo máximo de la pena abstracta constituiría el nuevo mínimo del marco penal agravado [en el ejemplo propuesto, agravado por reincidencia], pues no tendría objeto que el legislador aluda al tercio superior [art. 45-A, inc. 3, b)], sino que hubiera bastado con señalar que la pena se fijaría por encima del máximo legal.

¿Para qué aludir al tercio superior si la pena agravada no podría ubicarse dentro de dicho límite, sino que desbordaría totalmente los límites de la pena básica? Más allá de este razonamiento de orden gramatical, consideramos preferible que el Juez tenga un margen de acción amplio para poder ajustar la pena en función a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y estricta necesidad; de lo contrario, estaríamos más próximos a un sistema de la pena tasada.

Determinado así que la pena concreta se ha de ubicar en el tercio superior o por encima hasta donde opere la agravante cualificada, o en el tercio inferior o hasta donde opere la atenuante privilegiada, entendemos que se debe proceder a individualizar la pena, para lo cual se ha de atender a los mismos criterios señalados en el caso anterior, esto es, a las circunstancias de agravación y atenuación genérica del artículo 46 del CP y a los factores de fundamentación y determinación de la pena (art. 45 CP).

Igualmente, se habrá de tener en cuenta la posible aplicación de normas procesales que tengan por virtud una reducción de la pena ya individualizada. Sería el caso, conforme ya fuera mencionado, de los beneficios por confesión sincera o terminación anticipada (arts. 161 y 471 del CPP 2004, respectivamente). Sí parece cuestionable la regla prevista en el literal c) del inc. 3 del artículo 45-A.

Señala que en los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes [privilegiadas] y agravantes [cualificadas], la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito. Esto, más que una compensación, como ocurre en otros ordenamientos, supone simplemente una anulación de ambas circunstancias; lo que sería más criticable cuando la atenuante privilegiada puede reducir la pena en una proporción o cantidad mayor que el incremento de la agravante cualificada. Claro que mientras no se defina o precise los límites hasta donde se puede reducir la pena en las atenuantes privilegiadas, la determinación de la pena seguirá estando librada, en alguna medida, al albur judicial o, según cómo se le mire, al prudente arbitrio del Juez.

4.3.4. Circunstancias de agravación genéricas (art. 46 del CP)

a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad. El desvalor de la conducta se hace residir en el objeto material del delito, el mismo que está referido a bienes de utilidad común o al servicio de todos los ciudadanos (barandas de la berma central, señales de tránsito, asientos en parques, tapas de alcantarillado, lámparas y torres de alumbrado público, etc.).²⁰⁹ No será de aplicación esta gravante, como no podía ser menos, si ya fue objeto de valoración para la configuración de una forma agravada, v. gr. el inc. 10 del segundo párrafo del artículo 186 CP, esto es, la sustracción de bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.

b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos. De modo similar a la circunstancia anterior, el fundamento de esta agravante radica en la naturaleza del objeto material del delito: debe tratarse de un bien o recurso público, es decir, de un bien que esté afecto al cumplimiento de los fines del Estado. Desde luego, a fin de evitar la vulneración del *ne bis in idem*, no se ha de valorar esta agravante en aquellos supuestos donde la naturaleza del bien conforma el tipo (v. gr. delito de peculado, art. 387 CP) o sirva para la configuración de una agravante específica (forma agravada de usurpación: sobre bienes del Estado, art. 204 inc. 4 CP). c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio,

²⁰⁹ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho... ob. cit., p. 1114.

recompensa o promesa remuneratoria. En la antípoda de la atenuante consistente en obrar por móviles nobles o altruistas, el legislador reconoce un mayor grado de injusto en aquel que perpetra el delito movido por razones despreciables o insignificantes, por un lado, o con el fin de obtener una ventaja económica, por otro. De este modo, el desvalor de la conducta se ve incrementado por las inaceptables motivaciones que inspiran la voluntad del agente.

d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole. Por discriminar se puede entender toda distinción, exclusión o restricción basada en motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo u otros que tenga por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades fundamentales en las esferas política, social y económica. No obstante, es de tener en cuenta que esto configuraría, amén de la concurrencia de otros elementos, el delito de discriminación previsto en el artículo 323 del Código Penal.

Por ello, esta circunstancia de agravación genérica parece dirigida a valorar –incrementando el grado de injusto– aquellas conductas delictivas que no queden subsumidas en aquel, pero en el que la realización del tipo obedezca a una motivación racial, política o de otra índole. Estamos, pues, ante una circunstancia que debe ser ajena a la estructura típica del delito objeto de agravación. En cualquier caso, es de señalar que estamos ante una circunstancia de difícil concreción, al menos dentro de un estricto respeto del principio de legalidad.²¹⁰

²¹⁰ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho... ob. cit., p. 1116.

e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común. En este caso el legislador toma nota del mayor grado de injusto que supone el hecho de realizar la conducta empleando medios que representen un peligro general, esto es, que ocasionen un riesgo a un número indeterminado de bienes o personas.

De este modo, la agravación obedece al mayor desvalor de resultado que entraña el empleo de medios que son idóneos –no parece exigirse un peligro concreto– para ocasionar daños a una multiplicidad de intereses individuales o colectivos (v. gr. vida, integridad física, propiedad, medio ambiente, etc.). Entendemos que esta agravante no es de aplicación en aquellos delitos cuyo contenido de injusto esté conformado por un peligro común, en especial, algunos de los delitos contra la seguridad pública, previstos en los artículos 273 y siguientes del Código Penal.

f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe. En atención al principio de no autoincriminación, consideramos que no se debe agravar la pena por el hecho de que el agente delictivo se oculte o dificulte su identificación (imaginamos que la ley se coloca en el supuesto del empleo de pasamontañas, medias o máscaras).

Lo contrario supondría establecer una suerte de deber de colaboración del autor o partícipe para el debido esclarecimiento de sus propios delitos. Asimismo, es por demás dudoso que el hecho de que el autor o partícipe pretenda obtener la

impunidad de su delito –algo que está dentro del orden natural de las cosas y, por tanto, no parece revelar un mayor grado de culpabilidad en el agente– a través de un medio que no parece incidir en un mayor grado de ataque al bien jurídico protegido –que, aunque huelgue decirlo, no es la administración de justicia–, deba configurar una circunstancia agravante.

Todo esto con independencia de que otras legislaciones, como la colombiana y española, por citar algunos ejemplos, sí la incluyan como supuestos de agravación. En cualquier caso, podría aún interpretarse que el ocultamiento, como circunstancia agravante, es aquel que se realiza sobre la propia víctima, sin embargo, esta parecería una interpretación forzada que no se desprende necesariamente del texto de la norma.

Asimismo, el legislador agrava la conducta de aquel que se prevale o aprovecha de su condición de superioridad sobre la víctima, lo que podría obedecer a cuestiones tan diversas como la edad o una especial situación de incapacidad de la víctima; a la relación de dependencia laboral o familiar, etc. También comprende el legislador, en este acápite, una agravante próxima a la alevosía, ya que la conducta típica se ve realizada aprovechando un contexto (de modo, tiempo o lugar) en el que disminuyen las posibilidades de defensa de la víctima.

g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito. Las circunstancias constituyen elementos accidentales del delito, es decir, pueden o no concurrir en un caso concreto; no son, pues, necesarias para la consumación del hecho punible. En este caso, el agente no se contenta con la consumación del delito, sino que intenta conseguir un resultado

más grave, por ejemplo, a través de la obstaculización de cualquier labor de auxilio (v. gr. si se prende fuego a un automóvil y luego se evita la acción de los bomberos o el uso de extintores).

h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función. El mayor desvalor de la conducta reside en el quebrantamiento de ciertos deberes que se desprenden de algún cargo, función, oficio o profesión. El legislador incluye también el abuso de posición económica, de formación o de poder, circunstancias con tintes moralizantes en las que, en todo caso, se habrá de ser especialmente cuidadoso en exigir la constatación de un abuso de dicha situación, formación o poder.

i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito. El mayor desvalor de esta circunstancia de agravación genérica parece fundamentarse en la mayor capacidad de agresión al bien jurídico; en algunas figuras esto es más claro, pues consigue limitar la posibilidad de defensa de la víctima. En cualquier caso, también se trata de una circunstancia agravante específica presente en diferentes figuras penales (hurto en su forma agravada, por mencionar un solo ejemplo), con lo cual, si fuere ese el caso, la disposición ahora analizada no podría ser tomada nuevamente en cuenta a los efectos de individualizar la pena.

j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable. En este caso estaríamos ante un supuesto de autoría mediata. Aparentemente, el legislador comprende en este supuesto tanto al menor de dieciocho años, como a aquel que por una grave anomalía psíquica carece de capacidad de culpabilidad. En el caso de los menores, era comúnmente aceptada la agravación de la pena tratándose del

delito de tráfico ilícito de drogas, toda vez que se ponía en serio riesgo la vida, salud y desarrollo del menor,²¹¹ cuestionándose su aplicación en otras figuras penales. No obstante, es de tener en cuenta que los reparos a esta circunstancia agravante se dirigen, sobre todo, a aquellos casos en los que se prevén como circunstancias de agravación específica.

En cualquier caso, consideramos que el mayor grado de injusto podría verificarse en el hecho de que se instrumentaliza a otra persona para la perpetración del hecho punible, pudiendo constituir un factor corruptor o de serio peligro que se cierne sobre el ejecutor inmediato (menor o incapaz). Si bien en algunos casos podemos estar ante un *modus operandi* donde el agente actúa a buen recaudo o sobre seguro –una suerte de alevosía–, entendemos que el fundamento de esta circunstancia solo podría encontrarse en lo señalado anteriormente.

Por otro lado, no deja de tener razón VELÁSQUEZ cuando considera que el término “inimputable” evoca una locución que solo puede ser definida por un funcionario judicial en sede de culpabilidad.²¹² No obstante, al parecer el legislador ha querido utilizar una palabra que comprenda tanto a menores como incapaces. Esto a pesar de que en otros apartados del Código Penal se hace mención expresa tanto al menor de edad como al inimputable (v. gr. arts. 152 inc. 11; 307-B inc. 7).

Parece mejor opción la propuesta del profesor VELÁSQUEZ: aludir simplemente a la causa que origina dicha situación jurídica, esto es, a que la

²¹¹ GONZÁLEZ RUS, Juan (2004). *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*. En: AA. VV. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Cobo del Rosal (coord.). Editorial Dykinson, Madrid, p. 565.

²¹² VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho...* ob. cit., pp. 1123-1124

agravante se configura cuando el agente se vale de un menor de edad o de una persona que sufre de una anomalía psíquica (oligofrenia, esquizofrenia, etc.) para realizar el hecho punible.

k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional. Nótese que esta circunstancia no alude a la comisión de un delito mientras cumple una condena a pena privativa de libertad, con lo cual, aparentemente, esta agravante alcanzaría también a quien la perpetra desde un establecimiento penitenciario en el que se encuentra sometido a una prisión provisional. En cualquier caso, pareciera que este fenómeno [la comisión o planeación de delitos desde los establecimientos penales] responde sobre todo a problemas de corrupción, infraestructura, falta de personal y presupuesto, etc., cuyos pasivos debieran ser asumidos por el Estado.

l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales. Si bien esta circunstancia agravante pareciera casar solamente con los delitos ambientales, eventualmente podría ser producto de la comisión de otros delitos como los de peligro común por incendio o explosión (art. 273 CP), atentado contra la seguridad común (art. 281 CP), etc.

m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva. Entendemos que el empleo de armas, explosivos, veneno o similares podría estar comprendido, como circunstancia agravante, en lo que se estipula en el

artículo 46 inc. 2 lit. e), esto es, se trataría de medios cuyo uso podrían generar un peligro común. Si fuese así, este inciso resultaría innecesario.

De no ser así, habría que entender que el legislador hace referencia al empleo de instrumentos o procedimientos que, más que un peligro común, generan o exacerban el sufrimiento o padecimiento de la víctima. Lo que, asimismo, debería diferenciarse de la circunstancia agravante prevista en el artículo 46, inc. 2 lit. g), vale decir, hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito.

4.3.5. Reincidencia y habitualidad

Como se sabe, y siguiendo en este punto a ZUGALDÍA ESPINAR²¹³, el principio de que no hay pena sin culpabilidad si bien no fundamenta la pena, sí opera como límite al poder punitivo del Estado en tanto que excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por “presupuesto” la culpabilidad del autor por el hecho o que exceda en su “medida” del límite de la gravedad de la misma.

Así, de conformidad con este mismo autor, podemos decir que la incidencia del principio de culpabilidad en el sistema de responsabilidad penal se da en dos niveles:

²¹³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (2005). *El principio de culpabilidad en las reformas penales*. En: AA. VV. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Editorial Thomson-Civitas, Madrid, pp. 1094-1095

a. A nivel de presupuestos de la pena, de la que se derivan las exigencias: i) de culpabilidad por el hecho, ii) de dolo o imprudencia, así como la proscripción de la responsabilidad objetiva; y iii) la capacidad de culpabilidad (imputabilidad).

b. A nivel de individualización de la pena, el principio de culpabilidad determina el quantum de la pena que es lícito imponer al autor culpable, en el sentido de que las necesidades de prevención no pueden justificar en ningún caso la imposición de una pena que supere la adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho.

De esto, resulta interesante analizar si la reincidencia y habitualidad son respetuosas del principio de culpabilidad. Para eso debemos previamente hacer referencia a estos institutos. Claro que una definición de validez general resultaría difícil, pues los conceptos de reincidencia y habitualidad están de alguna manera condicionados por la peculiar manera en que cada legislación ha regulado estos institutos, cuando lo ha hecho claro, está [lo que lamentablemente es el caso de nuestro ordenamiento jurídico].

Solo para efectos prácticos podríamos decir que nuestro legislador los ha configurado como supuestos de agravación de la pena ante casos de reiteración delictiva. Quizás sea esta la principal diferencia con la figura del concurso real, pues esta última establece criterios o reglas para la determinación de la pena en el caso de una pluralidad de delitos cometidos por un agente, sin que ello importe una agravación de la pena.

Es decir, en el concurso real se procede a sumar las penas fijadas por el juez para cada hecho punible, mientras que en la reincidencia o habitualidad se incrementa o agrava la pena por encima del marco de la pena abstracta o conminada.

Desde luego, podríamos remontarnos hasta los romanos que preveían penas corporales para quienes volvían a cometer delitos; a la España antigua, donde un segundo hurto podía ser sancionado hasta con la muerte; o, aún hoy en día, como se constata en el derecho anglosajón, donde la regla del three strikes and you are out, pone sobre el tapete la conveniencia político criminal de agravar la pena a quienes delinquen por segunda, tercera o cuarta vez.

Podríamos preguntarnos, por ejemplo, cuáles son los efectos “beneficiosos” que acarrea un mayor tiempo en prisión cuando todos damos por cierto los problemas de ineficacia, colapso y congestión de los establecimientos penitenciarios. ¿Qué buscamos cuando encerramos a un hombre en un establecimiento penitenciario? ¿Qué pretendemos conseguir cuando encerramos a un ser humano bajo los cuatro muros de una prisión?.

Vista la realidad, nada que se aproxime a una finalidad preventiva. Y quien vea en ella –en la pena, sobre todo la pena privativa de libertad– no más que simple retribución, debe asumir que el juicio de desaprobación por el injusto cometido no puede prescindir de la proporcionalidad de la sanción.

Más allá de la indiscutible calidad profesional y moral del ex Jefe del Inpe, Dr. Pérez Guadalupe, nada hace pensar que el gobierno de turno esté interesado en incrementar sustancialmente el presupuesto destinado al mejoramiento de la

infraestructura, la capacidad de albergue o las condiciones laborales del personal penitenciario. Esta triste realidad debe ser tomada en cuenta por todo aquel que considere plausible cualquier política del Estado dirigida a incrementar las penas (como en la reincidencia o habitualidad), incrementar los supuestos de prisión preventiva o hacer cada vez más inaccesible los beneficios penitenciarios.

Lo cierto es, como señala DIEZ RIPOLLÉS,²¹⁴ que las energías de la comunidad se han desplazado del afán por lograr la inclusión social de los desviados, al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes. Naturalmente siempre se encontrarán argumentos para justificar un endurecimiento punitivo como, en este caso, las agravantes por reincidencia y habitualidad.

Y así, algunos encuentran una mayor culpabilidad que se funda en la obstinación del acusado en vulnerar bienes jurídicos a pesar de haber sido ya advertido, en virtud de una condena, de las consecuencias de cometer un delito.

Pero la reincidencia y la habitualidad no solo pueden mostrar rebeldía y desprecio al bien jurídico protegido, también pueden revelar, en la línea de lo sostenido por PATRICIA ZIFFER,²¹⁵ a un agente con dificultades para cambiar o superar las condiciones materiales y de especial vulnerabilidad que motivaron el comportamiento delictivo; también pueden mostrar a un individuo que carece de los suficientes frenos inhibitorios que lo inclinan al delito, en otras palabras, se estaría frente a un individuo poco accesible al mandato normativo.

²¹⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (2007). *La política penal en la encrucijada*. Editorial B de F, Buenos Aires, p. 96.

²¹⁵ ZIFFER, Patricia (1996). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 157.

En general, la reincidencia y habitualidad también pueden mostrar las falencias de la organización social y de los sistemas de ejecución penal; con lo cual, la solución, lejos de una agravación de la pena, oscila entre la atenuación o el establecimiento de medidas de seguridad o tratamiento terapéutico. Sin embargo, no son pocos los autores que justifican estas agravantes; algunos no tienen problema en reconocerlas como manifestación del derecho penal del enemigo.

Así, POLAINO-ORTS²¹⁶ considera que la habitualidad constituye un factor de desestabilización incomparablemente mayor que impide que los ciudadanos afectados puedan confiar tranquilamente en la vigencia de la norma y que, por ello, han de ser combatidos por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz.

Claro que poco o nada podemos esperar de medidas como las agravantes de reincidencia o habitualidad si tomamos en cuenta que la reiteración delictiva no solo pondría en evidencia un alto grado de capacidad criminal, sino también, en muchos casos, una grave desadaptación social o psicológica frente a las cuales la agravación de la pena privativa de libertad resulta totalmente ineficaz.

Con todo, como ya se sabe, el Tribunal Constitucional otorgó legitimidad a las agravantes de reincidencia y habitualidad. En efecto, en sentencia recaída en el Exp. N° 0014-2006- PI/TC, indicó que la figura de la reincidencia no vulneraba los principios de *ne bis in idem*, culpabilidad ni proporcionalidad.

²¹⁶ POLAINO-ORTS, Miguel (2009). *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*. Editorial Grijley, Lima, p. 226.

Postura que no es compartida por ORES SOSA²¹⁷ pues un mismo hecho es valorado tanto para fundamentar una primera condena como para fundamentar la agravante por el subsecuente delito; lo que importa indudablemente una doble valoración que afecta el principio *ne bis in idem* en sentido material. Además, no se aprecia cómo un delito anterior puede aportar al desvalor del injusto del nuevo delito; esto parecería conformar, más bien, una petición de principio.

Y en cuanto a la mayor peligrosidad del agente que se hace residir en una pluralidad delictiva, tampoco queda claro la necesidad preventiva de una sanción agravada que vaya más allá del máximo de la pena abstracta, pues, por el contrario, como señalamos anteriormente, parecen advertirse más bien problemas de adaptación social o psicológica en los que la agravación de la pena resulta inoperantes.

Ahora bien, tal como lo había advertido el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, la reincidencia y habitualidad fueron configuradas tanto como circunstancias comunes (dentro de los criterios de determinación de la pena del ya antiguo art. 46 CP, incs. 12 y 13) como circunstancias cualificadas en los arts. 46-B y 46-C.

El Acuerdo consideró que estas agravantes solo debían apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues justamente el sentido de la reincorporación de estas instituciones al derecho penal nacional era permitir agravar la pena por encima del marco punitivo de la pena conminada. Este criterio de interpretación del Acuerdo resultaba cuestionable, pues como circunstancia común, vale decir, como criterio de determinación de la pena dentro del antiguo art. 46, la reincidencia y

²¹⁷ Para más precisiones, vid. ORÉ SOSA, Eduardo (2008). *“El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 0014-2006-PI-TC”*. En: JusConstitucional, 2, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, pp. 77-90.

habitualidad servían para dosificar la pena dentro del marco punitivo de la pena conminada conjuntamente con los demás criterios de determinación judicial de la pena, esto es, era tomado como un criterio más para determinar el grado de culpabilidad del autor.

En cambio, como circunstancia cualificada, la reincidencia y habitualidad toman el pasado criminal del agente como único criterio para desbordar el marco punitivo de la pena abstracta.²¹⁸

Esta solución, la que postulaba la eliminación de la reincidencia y habitualidad como criterios de dosificación o individualización de la pena, es la que ha prevalecido; y, así, la Ley 30076 solo reconoce a la reincidencia y habitualidad como circunstancias de agravación cualificada, sin que se las regule como circunstancias de agravación genérica en el segundo inciso del artículo 46 vigente.

a) Reincidencia El art. 46-B del CP recoge un supuesto de reincidencia genérica y real. Es genérica, por cuanto el legislador no exige que el segundo delito sea de igual o semejante naturaleza, bastará con que se trate de un delito doloso. Es real, por cuanto se exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta por el primer delito.

En este punto, hemos de criticar el hecho de que la Ley 30076 amplíe el ámbito de aplicación de la reincidencia, pues si antes el legislador tomaba como presupuesto el cumplimiento [total o parcial] de una condena a pena privativa de libertad, hoy este se extiende a cualquier tipo de pena. En la misma lógica de aplicar

²¹⁸ En este sentido, cfr. ALCÓCER POVIS, Eduardo (2009). “*El reincidente como “enemigo”*”: *aproximación al tema*”. En: Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008. Hurtado Pozo (dir.). García Caverro (coord.). Fondo editorial de la PUCP, Lima, pp. 256-257.

esta agravante cualificada a las faltas, el legislador sigue extendiendo esta figura a delitos de bagatela.

El horizonte temporal para configurar la agravante de reincidencia por el segundo delito es de cinco años contados a partir del cumplimiento total o parcial de la pena impuesta por el primer delito (no desde la condena, pues esto habría hecho inoperativa esta institución para los delitos más graves, como el homicidio o el robo, por ejemplo).

No obstante, a diferencia del texto anterior, la Ley 30076 exceptúa del plazo de cinco años para la configuración de una agravante por reincidencia a los delitos de parricidio, asesinato, homicidio calificado por condición del agente, feminicidio, lesiones graves a menores, lesiones graves por violencia familiar, secuestro, trata de personas, violación sexual de menor, hurto agravado, robo agravado, receptación agravada, etc.

Vale decir, en estos casos no interesará determinar el tiempo transcurrido entre el cumplimiento de la primera condena y el segundo delito, pues así hayan pasado diez, veinte o treinta años, la recaída en estos delitos se verá sancionada con la aplicación de esta agravante cualificada.

En la reincidencia básica, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo de la pena conminada. En la reincidencia cualificada según la naturaleza del delito cometido (asesinato, robo agravado, violación de menor, etc.), el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo de la pena conminada.

El texto anterior señalaba como límite máximo la cadena perpetua, aunque el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ116 ya se había encargado de poner como tope máximo los 35 años. La Ley 30076 omite toda referencia a un límite máximo, con lo cual, es de esperar que se mantenga la interpretación hecha por el citado Acuerdo.

Fíjese lo desproporcionado que puede resultar esto. Dentro de la lista de delitos en los que se puede aplicar la reincidencia cualificada está el hurto agravado (previsto en el art. 186). Con lo cual, un subsecuente delito de hurto mediante destreza o escalamiento, al menos formalmente, podría ser sancionado con una pena entre 10 y 35 años, cuando el máximo estipulado para este delito se cifra en los seis años de pena privativa de la libertad.

En ese sentido, Ore Sosa comparte la opinión de Benavente²¹⁹ en el sentido de que la reincidencia cualificada resulta aplicable cuando la primera y segunda condenas se corresponden con los mismos delitos mencionados en el segundo párrafo del artículo 46-B, esto es, asesinato, lesiones graves a menores o por violencia familiar, secuestro, violación de menor, robo agravado, etc.

En otras palabras, parece conveniente tomarlo como un supuesto de reincidencia [cualificada] específica, en el que ambos delitos son los mismos y, por tanto, de idéntica gravedad. Postula pues una interpretación restrictiva de esta agravante cualificada, a pesar de que la redacción de la norma, en este punto, es imprecisa. De estar ante un delito distinto, así se encuentre incluido dentro de la lista de delitos configuradores de una reincidencia cualificada, entendemos que se debe apreciar solo el supuesto de reincidencia básica.

²¹⁹ Ponencia en: Conversatorio INCIPP. Determinación judicial de la pena, del 19-7-2013, INCIPP-UIGV.

V. DISCUSIÓN

5.1. Sobre las críticas dirigidas a la “expansión del Derecho penal”

Un sector importante de la doctrina ha hecho serios cuestionamientos a las características del nuevo Derecho penal, que pueden ser resumidas de la siguiente manera: Por un lado, se ha incidido en la idea de que se estaría produciendo un abandono del núcleo del Derecho penal mínimo y una ruptura con los principios de intervención mínima y ultima ratio, por cuanto el moderno Derecho penal se ha ido alejando de un modelo destinado a la protección exclusiva de bienes altamente personales –como la vida, la integridad física, la libertad, etc.– para convertirse en un Derecho penal de mayor intervención en la esfera del ciudadano, que se manifiesta en el aumento de conductas penalmente tipificadas con el fin de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

Esto se traduce en la idea de que el Derecho penal ha intervenido en ámbitos cuyos problemas estarían ya resueltos por otras ramas del ordenamiento jurídico, las cuales, en comparación con el Derecho penal, limitarían en menor medida la libertad del ciudadano. Por otro lado, se critica también que el Derecho penal moderno no es más que un Derecho penal simbólico, al intentar canalizar a través de sus normas necesidades como la erradicación del delito y la “sensación” de inseguridad, que no son satisfechas por otras vías, para de esta manera apaciguar a la población a través del mensaje de que el Estado “está actuando”.

Es incontrastable que el Derecho penal, considerado como la rama del ordenamiento jurídico que prevé las sanciones más graves, sólo debe actuar en los

casos de ataques más violentos a bienes jurídicos más importantes y, aún más, únicamente cuando otras formas de protección de esos bienes jurídicos hubieran fallado, respetando así sus caracteres de subsidiariedad y fragmentariedad, integrantes del principio de intervención mínima, y manteniendo las garantías conquistadas desde el liberalismo, bien como su naturaleza y sus reales funciones.

Se ha admitido que hay supuestos razonables e irrazonables del proceso expansivo, indagar sobre la legitimidad no es otra cosa que intentar discernir e identificar los criterios sobre los cuales ella se basa. En los Estados constitucionales tal razonabilidad se encuentra circunscrita a los principios constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos. Con lo anterior se quiere decir que el fenómeno expansivo como negación de lo expuesto en materia de requisitos constitucionales debe presumirse ilegítimo en abstracto, y necesario de ponderación en concreto conforme al imperativo de superar las cargas de definición, argumentación y demostración respecto los mismos.

Bajo tal entendimiento, la solución aquí propuesta si bien no logra cerrar la problemática, ofrece un punto de partida mucho más adecuado que aquellas exclusivamente referidas a consideraciones dogmáticas del sistema penal. Después de todo, cualquier Derecho penal que no corresponda al modelo constitucional es ilegítimo. Ello basta para dar mayor asidero a las propuestas del funcionalismo moderado, pero incluso uno más idóneo si se tiene en cuenta que dentro de la ponderación tienen cabida tanto planteamientos iusnaturalistas como sistémicos. Si el Derecho penal liberal se caracterizó por la limitación del poder punitivo, nuestro actual sistema debe velar por tal limitación consciente que el fin último del Estado es la dignidad del hombre.

5.2. Sobre su normatividad

Al respecto, conviene recordar que las instituciones penales de la Reincidencia y Habitualidad como lo hemos señalado en el capítulo anterior fueron proscritas en el Código Penal de 1991, así en la exposición de motivos²²⁰ para la proscripción de estas figuras, se estableció:

“(…) Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes por lo demás debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio non bis in idem (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito) ... La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad no han servido para atemorizar de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado, este rezago de los viejos tiempos del Derecho a Castigar y que el positivismo progresista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social (...)”

²²⁰ Exposición de Motivos del Código Penal, Decreto Legislativo N° 635, del 08 de abril de 1991, versión disponible en el Sistema Peruano de Información Jurídica – SPIJ, en <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>

Es decir, la comisión revisora manifestó un rechazo total de estas figuras, las mismas que incluso consideraba como carentes de logicidad y humanidad, así como violatorias al principio del non bis in ídem; del mismo modo negó todo tipo de utilidad de las mismas; sin embargo, quince años después de la emisión del Código Penal, mediante Ley N° 28726, de fecha 09 de mayo del 2006, se incorporaron dentro del ordenamiento jurídico penal a estas dos instituciones que en un principio se se hallaban proscritas, siendo que los fundamentos de su incorporación, se hallan regulados en la exposición de motivos de ésta ley²²¹, bajo los argumentos siguientes:

“(…) en la actualidad la delincuencia se ha incrementado y con mucho más ferocidad, sin embargo la sociedad, se encuentra desprotegida por nuestro ordenamiento legal es tan débil frente a los reincidentes y habituales que para estos reincidentes es su modus vivendi (modo de vida) y que justamente saben perfectamente que no se toma en cuenta su reincidencia y habitualidad, que no estamos juzgándolo por el delito cometido anteriormente, sino que para poder aplicarle la pena más severa se toma en cuenta su reincidencia y habitualidad, ya que con la anterior pena no se ha logrado el objetivo, considerando que en nuestro Código Penal vigente la pena no es un castigo sino que tiene por finalidad, la función preventiva, protectora y resocializadora (…)”

Es decir, de la propia exposición de la motivos para de la incorporación de estas dos instituciones, se tiene que el fundamento principal ha sido el incremento

²²¹ Exposición de Motivos de la Ley N° 28726, del 09 de mayo del 2016, versión disponible en el Sistema Peruano de Información Jurídica – SPIJ, en <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>

de la delincuencia, y la incapacidad del Estado a fin de hacerle frente a este fenómeno social, y como una solución inmediata, poco debatida y analizada desde un punto de vista democrático, social, económico, cultural e ideológico, se ha optado por recurrir una vez más al Derecho Penal, a fin de satisfacer la demanda de seguridad y protección que exigía la Sociedad hacia su Estado; por lo que la salida más sencilla ha sido admitir la regulación de estas instituciones, como circunstancias agravantes para la determinación de la pena.

La reincidencia tiene orígenes a la par de nuestro código penal de 1863, posteriormente en el código penal de 1924 que regulaba la reincidencia, para luego ser proscrita en el código penal de 1991 por vulnerar los principios de la humanidad de la pena, ne bis in ídem, inutilidad contra la criminalidad y por ser una forma aberrante de castigar, conforme la exposición de motivos del código penal de 1991. Para posteriormente ser reintroducido nuevamente el artículo 46-B del código penal, incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 28726, publicada el 09 mayo 2006.

Mientras que el artículo 46-B señalaba lo siguiente: El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados.

Años después el artículo 46-B sería modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29407, publicada el 18 septiembre 2009, y nuevamente sufriría otra modificación por el artículo 1 de la Ley N° 29570, publicada el 25 agosto 2010, pero no duraría

ni dos meses para ser modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29604, publicada el 22 octubre 2010.

Este último es modificado nuevamente por el artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013. La más reciente modificadora del artículo 46-B del código penal es por la única disposición complementaria modificatoria del decreto legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, cuya literalidad describe como sigue:

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años. La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta

la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo. Como se puede observar desde la incorporación del artículo 46-B reincidencia del código penal, incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 28726, publicada el 09 mayo 2006.

Ha sufrido hasta hoy en día 6 modificaciones trayendo consigo diversas confusiones. Actualmente el artículo señalado, solo menciona para ser reincidente en haber cumplido en toda o en parte una pena (no pena privativa de libertad efectiva).

5.3. Admisión de su constitucionalidad y lineamientos de su aplicación

Con ocasión de la regulación positiva de las instituciones de la Reincidencia y la Habitualidad, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se tiene que su admisión ha sido bastante cuestionada y poco feliz, habiéndose incluso cuestionado la Constitucionalidad de estas dos figuras, por presuntamente transgredir el Debido Proceso y atentar contra el Principio del Ne bis in ídem; por lo que mereció pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0014-2006-PI-TC, de fecha 19 de enero del 2007, en la cual el Tribunal Constitucional, estableció en el fundamento 37° de la referida sentencia, respecto de la Reincidencia, lo siguiente:

“(…) la reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber

cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona (...).”

Del mismo modo el fundamento 48° de la referida sentencia, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado respecto de la Habitualidad, así tenemos:

“(...) se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos... la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempos diversos e independientes unos de otros (...).”

Igualmente en dicha sentencia, el Tribunal efectuó un test de proporcionalidad de las instituciones de la reincidencia y habitualidad, sosteniendo que la aplicación de estas dos instituciones como circunstancias agravantes calificadas para determinar la pena; si resultan siendo constitucionales, toda vez que habrían superado los principios de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad propiamente dicha, establecidos en el referido test.

Para superar dicho test de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional, sostuvo que la pena no solo cumple los fines previstos en el artículo 139° de la Constitución Política del Estado Peruano, esto es la reeducación, rehabilitación, reinserción del penado a la sociedad, sino que también los fines de la pena deben ser analizados en mérito a la función tutelar del Estado, que lo obliga a asumir un rol eminentemente activo, a fin de proteger los derechos fundamentales de las personas, protegiendo a la población de las amenazas contra su seguridad y promoviendo el bienestar general, brindando seguridad y paz a los ciudadanos,

conforme establece el artículo 44° Constitución Política del Estado Peruano.

No obstante, la admisión de la Constitucionalidad de las instituciones de la reincidencia y la habitualidad, por parte del Tribunal Constitucional, se evidencia que en el análisis efectuado por los magistrados del máximo intérprete de la constitución, no se hace mención alguna a las razones político criminales adoptadas por el Estado para implementar estas figuras; omisión que se puso de manifiesto en la aplicación de estas instituciones, por parte de los operadores jurídicos, quienes con ocasión de la incorporación de estas instituciones dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico y las constantes modificaciones legislativas que han sufrido las mismas, ha conllevado a que no se cuente con parámetros claros para determinar cuándo nos encontramos frente a un delincuente que tiene la condición de reincidente y cuando frente a uno que tiene la condición de habitual.

Por lo que, dada la falta de uniformidad de criterios para determinar dicha condición, han tenido que intervenir los propios magistrados de la Corte Suprema de la República, a través de la emisión del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-118²²², de fecha 28 de julio del 2008, quienes a través de dicho acuerdo, han establecidos los parámetros correspondientes para determinar cuándo nos encontramos frente a un delincuente reincidente y cuando frente a un delincuente habitual; así tenemos que el fundamento 12° de dicho acuerdo, estableció como requisitos para la calificación de reincidencia, los siguientes:

“1. Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de

²²² Acuerdo Plenario publicado en la Página Web del Poder Judicial, en el link: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b2bb8004e4d420c8639ff294bc3482d/VII+PLENO+SUPREMO+PENAL_VERSI%C3%93N+FINAL.pdf?MOD=AJPERES

libertad... se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad con carácter efectiva. 2. Los delitos antecedente y posterior han de ser dolosos... 3. No hace falta que el delito posterior sea de la misma naturaleza, se trata de una reincidencia genérica. 4. El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad, es de cinco años 5. Es una circunstancia personal e incommunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra”.

Del mismo modo, en el 13° de dicho acuerdo, se estableció como presupuestos para la Habitualidad, los siguientes:

“En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además, la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiterancia indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad”.

5.4. La reincidencia y la habitualidad como expresión del expansionismo penal

Habiéndose analizado los fundamentos de la proscripción de la Reincidencia y la Habitualidad, en el Código de 1991 y su posterior incorporación a través de la Ley N° 28726, de fecha 09 de mayo del 2006; la admisión de su Constitucionalidad y los parámetros establecidos para su aplicación; sin embargo, en ninguno de estos instrumentos, se efectuó un análisis de fondo, a fin de determinar si la regulación de estas dos instituciones, constituyen o no una respuesta Política Criminológica

planificada, democrática, económica y social por parte del Estado o si por el contrario no son más que una respuesta que solo busca satisfacer la presión social ante la inseguridad ciudadana; la misma que no viene a constituir otra cosa que una mera expresión del Derecho Penal Simbólico o del expansionismo penal.

A fin de responder a dicha disyuntiva, conviene previamente recordar que entendemos por Política Criminológica²²³ y que por Derecho Penal Simbólico o Expansionista²²⁴, para cuyo efecto tenemos que la Política Criminológica es entendida como un conjunto sistemático, cohesionado y consistente de decisiones de política gubernamental, basadas en análisis científico – sociales, del fenómeno criminal construidas con la participación del estado y la sociedad; mientras que por Derecho Penal Simbólico se hace referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido. Es decir, que se busca un instrumento para producir tranquilidad con la creación de normas destinadas a no ser aplicadas y con ello ejercer un acto de control y aseguramiento del poder político.

Siendo ello así y atendido a la definición de ambos conceptos, se advierte que hoy en día, el Derecho Penal viene sufriendo una serie cambios, que vienen modificando su propia esencia, la misma que se manifiesta en las corrientes expansionistas del Derecho Penal, tales como el Derecho Penal del Enemigo o también conocido como Derecho Penal de Tercera Velocidad, a través de los cuales se permite el adelantamiento de la punibilidad; el incremento excesivo de penas privativas de libertad efectivas y flexibilización las reglas de imputación y los

²²³ CHINCOYA TEUTLI, Héctor, “¿Política Criminal, Política Criminológica o Políticas Públicas en Seguridad?”, artículo publicado en el <http://C:/Users/FN/Desktop/allalalaldladkdjsdjkas.pdf>”

²²⁴ JAKOBS et al, Derecho penal del enemigo, Editorial Civitas, Madrid, España, 2003, Págs. 38 y 52

principios clásicos del Derecho Penal; los cuales no hacen sino evidenciar la transformación que viene sufriendo el Derecho Penal, el mismo que viene dejando de ser un Derecho de última ratio a uno de primera ratio.

Bajo esa perspectiva, se evidencia que las instituciones de la Reincidencia y Habitualidad no son más que una expresión de esta ola expansionista del Derecho Penal, toda vez que su implementación no está basada en ningún estudio científico, social o económico que lo respalde; es más ni siquiera se ha considerado las estadísticas de la población penitenciaria que tiene la condición de reincidente o habitual, toda vez que si revisamos el informe estadístico del INPE del mes de enero del 2016, observamos que solo un 21% de la población penitenciaria tiene la condición de reingresantes²²⁵; del mismo modo, tampoco se evidencia que se haya efectuado un estudio económico a fin de determinar cuánto le cuesta al Estado Peruano, mantener a un interno en el Penal, peor aun tratándose de delincuentes Reincidentes o Habituales, en cuyos casos las penas se incrementan considerablemente.

Sino que, por el contrario, la implementación de la reincidencia y la habitualidad y las constantes modificatorias normativas de las que son objeto estas instituciones, no hacen sino demostrar que las mismas han sido reguladas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como una expresión más del Derecho Simbólico, la misma que no busca combatir el incremento de la criminalidad, sino solo reprimir con mayor severidad dichas conductas.

²²⁵ Informe Estadístico Penitenciario - enero del 2016, del Instituto Nacional Penitenciario – Unidad de Estadística, cuadro de Primarios y Reingresantes al mes de enero del 2016, Pág. 60; en el link http://www.inpe.gob.pe/pdf/enero_2016.pdf

5.5. La reincidencia como expresión del derecho penal del enemigo y afectación de principios constitucionales

No obstante, lo anotado precedentemente, la regulación peruana de la agravante de reincidencia es inconstitucional, por afectación de los siguientes principios:

a. El principio de culpabilidad: la agravante se impondrá con base en una presunción de una mayor responsabilidad sin datos objetivos que la delimiten. En efecto, se afecta este principio al no brindarse en la Ley las condiciones necesarias para poder considerar que el reincidente cometió un hecho más grave (en el Perú no se exige que el delito sancionado y el nuevo estén relacionados objetivamente). Se otorga un amplio margen de discrecionalidad al juez para aplicar la agravante, en desmedro del procesado.

b. La presunción de inocencia: es cuestionable que el legislador peruano, haya descrito a la reincidencia como una agravante de aplicación obligatoria y sin mencionar los presupuestos suficientes para afirmar que se está ante un hecho más grave. Esta situación incrementa el riesgo de que al reincidente, sin mayor justificación, se le presuma peligroso.

c. El principio de proporcionalidad: No es correcto que se regule a la reincidencia como una agravante de aplicación obligatoria. El fin de la figura es legítimo (el dar respuesta justa a un hecho más grave que causa, a su vez, mayor inseguridad). Sin embargo, considero que existe otra alternativa menos aflictiva e idónea para dar una sanción proporcional por el hecho cometido. Esta alternativa

consiste en brindar al juez la facultad de evaluar todas las circunstancias que acompañan al hecho a fin de que pueda determinar la necesidad de un incremento de la sanción conforme al real daño producido. Por otro lado, en el Perú se regula a la reincidencia como una agravante que puede llevar a que la autoridad incremente la sanción por encima del marco establecido por legislador para el delito cometido. Se trata de una medida innecesaria para los fines preventivos de la figura. Aprecio que una prevención justa puede ser alcanzada agravando la pena dentro del marco establecido en la Ley.

d. El principio de tutela judicial efectiva: no considero razonable que el legislador peruano no otorgue al procesado las condiciones suficientes para que en el proceso pueda demostrar que no cometió un hecho más grave (o para descartar la atribución de peligrosidad). Se ha mencionado que la fórmula legislativa utilizada en ambos países permite que se presuma la peligrosidad del agente, sin mayor dato objetivo y sin haberle dado la oportunidad de discutirlo en el juicio (al regularse la figura como una agravante de aplicación obligatoria).

e. El principio de lesividad: considero no se regulan de modo suficiente las condiciones necesarias para determinar que se causó un hecho más grave por el acto del reincidente. De esta manera, puede aumentarse la pena al reincidente sin que se haya puesto realmente en riesgo la seguridad pública.

f. El principio de dignidad humana: Los efectos de la reincidencia en el derecho penal también es un atentado para la dignidad de la persona humana. Porque en este caso el ser humano se convierte en un mero objeto y deja de ser un sujeto de derecho; transformándose en un medio para lograr un fin. Tomar como

referencia la personalidad o la vida del ser humano y poner penas que sobrepasen la culpabilidad del hecho para satisfacer los fines sociales es indigno para el ser.

5.6. La reincidencia como expresión del derecho penal del enemigo y afectación de principios penales

a. Se señala que el principio de culpabilidad es un límite para el ius puniendi del estado, siendo un fundamento de graduación de la pena por la comisión del acto criminal, es decir el desvalor del resultado debe guardar proporcionalidad con la imposición de la pena. Que la esencia de la culpabilidad no radica en la personalidad o vida de la persona humana, sino en estricto en la comisión de un hecho delictivo. En tal sentido se puede decir que la reincidencia vulnera la culpabilidad por realizar un análisis de la culpabilidad de un hecho pasado y no actual. Que por los antecedentes criminógenos se agrave la pena por encima del extremo máximo de pena prevista en el tipo penal es vulnerar el principio de culpabilidad por el hecho.

b. Por otra parte también en los resultados se puede ver que la reincidencia va traer consigo la afectación del principio del ne bis in ídem. Esto a razón, que un mismo hecho es valorado tanto para fundamentar una primera condena como para fundamentar la agravante por el subsecuente delito. Lo que me parece acertado por cuanto se estaría vulnerando el ne bis in ídem material por una doble valoración del hecho anterior en el delito nuevo y sirviendo esta como agravante por encima del extremo máximo del tipo penal.

c. En cuanto al fin de la pena se menciona que representa la razón de ser de un derecho penal. También que las investigaciones empíricas han demostrado que

el encarcelamiento con fines de resocialización en las cárceles es ineficaces. Es claro que nuestro sistema carcelario no va a rehabilitar, reeducar y resocializar con las condiciones de nuestras cárceles que no cuentan con las condiciones mínimas para tal propósito. Entonces con la reincidencia se vulneraría la resocialización y en general de toda persona humana privada de su libertad.

d. Que la reincidencia es una circunstancia cualificada agravante de la pena y no una circunstancia genérica agravante como lo señaló nuestro Tribunal Constitucional. Por lo que vulnera el principio de legalidad al imponer un apena por encima del extremo máximo que el tipo penal no prescribe para tal conducta delictiva.

e. Por último, no adecuado que la lucha de la criminalidad sea con la imposición de la reincidencia y con ello se proteja a las víctimas. Estos por la sencilla razón que las penas siempre son posteriores a la acción y no antes. Entonces pedir la reincidencia como una forma de agravar las penas para los menores de edad me parece equivoco. Por otro lado, me parece correcto lo afirmado por una parte de los resultados de la investigación donde señala: “que utilizar los antecedentes penales como factor decisivo para resolver si un apersona requiere o no de tratamiento penitenciario es ver simplemente la supuesta peligrosidad del sujeto (subjetividad sin corroboración-derecho penal de autor)” sin tener en cuenta en estricto la comisión del delito, en marco de un derecho penal de acto.

VI. CONCLUSIONES

1. La configuración y aplicación de la reincidencia en el derecho penal trae consigo vulneraciones de principios fundamentales que consagra nuestra constitución, así también se estaría vulnerando el principio del ne bis in ídem por realizar una doble valorización del hecho anterior para agravar la pena por encima del extremo máximo del tipo penal.
2. La reincidencia al ser una circunstancia cualificada agravante, que implica imponer un a pena por encima del extremo máximo prevista por el tipo penal para satisfacer los fines sociales e instrumentalizando al ser humano; es vulnerar la dignidad del ser humano, advirtiéndose que dichas instituciones no son más que una expresión de la ola expansionista del Derecho Penal.
3. Tomar los antecedentes penales o la comisión de un nuevo delito, no es suficiente para determinar o probar la peligrosidad del sujeto (reincidente) lo que significaría volver al derecho penal de autor en contraposición al derecho penal de acto.
4. Los fines de la pena representan la razón de un derecho penal. Las investigaciones empíricas demuestran que las cárceles no son adecuadas para la resocialización de los criminales; lo que significa que la reincidencia es contraria al principio de resocialización y que constituye una circunstancia cualificada agravante de la pena, que implica la implosión de la pena por encima del extremo máximo previsto por el tipo penal.
5. Los principios penales y constitucionales que afecta la reincidencia como expresión del expansionismo penal son el principio de culpabilidad, principio del ne bis in ídem, fines de la resocialización, principio de legalidad.

VII. RECOMENDACIONES

1. Al Gobierno, no instrumentalizar al derecho penal y sobre criminalizar algunos delitos y/o creando instituciones penales tales como la Reincidencia y la Habitualidad, a través de las cuales se viene flexibilizando los principios clásicos del Derecho Penal, tales como la responsabilidad por el hecho, bajo el pretexto de enfrentar el aumento de la criminalidad y la inseguridad ciudadana.
2. A los legisladores, que buscar la legitimidad del proceso expansivo no es otra cosa que intentar discernir e identificar los criterios sobre los cuales ella se basa. En los Estados constitucionales tal razonabilidad se encuentra circunscrita a los principios constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos.
3. A los magistrados, que el fenómeno expansivo como negación de lo expuesto en materia de requisitos constitucionales debe presumirse ilegítimo en abstracto, y necesario de ponderación en concreto conforme al imperativo de superar las cargas de definición, argumentación y demostración respecto los mismos.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUADO CORREA, TERESA (2010). “*El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal Peruano*”. En: Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional Num. 8, Obra Colectiva, Editorial Palestra, Lima.
- ARANZAMENDI, LINO (2011). Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho, Editorial Jurídica Grijley, Lima.
- BARATTA, ALESSANDRO (1998). “Política criminal. entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos”. En: Memorias Foro de política criminal, Universidad Javeriana, Bogotá.
- BASTOS PINTO, MANUEL (2012). Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
- BRIONES, GUILLERMO (1986), Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales, Editorial Trillas, México.
- BULLARD, ALFREDO (2003). Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales. Editorial Palestra, Lima.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL (2002). “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO/2000”. En: Revista Jueces para la Democracia, N° 44, Madrid.

- CANCIO MELIÁ, MANUEL Y GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS (2006). Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol.1, Editorial Edisofer, Buenos Aires.
- CEREZO MIR, JOSÉ (1982). Problemas fundamentales del Derecho penal. Editorial Tecnos, Madrid.
- DEL CARMEN BARRANCO, MARÍA (2008). Teoría del Derecho y Derechos Fundamentales. Editorial Palestra, Lima.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO. (2006). “Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y Derecho Penal del Enemigo”. En: BERNUZ BENÍTEZ, María José; PÉREZ, Ana Isabel (Coords.), La tensión entre libertad y seguridad, Universidad de la Rioja.
- FARALDO CABANA, PATRICIA Y BRANDARIZ GARCIA, JOSE (2004). Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERRAJOLI, LUIGI (2011). “Derecho Penal y Estado de Derecho”. En: Gaceta Penal, N°. 20, febrero, Lima.
- FERRAJOLI, LUIGI. (2008). “El derecho penal del Enemigo y la disolución del Derecho Penal”. En: CARBONELL, Miguel (Editor), Luigi Ferrajoli: Democracia y Garantismo, Editorial Trotta, Madrid.
- FLORES POLO, PEDRO (2002). Diccionario Jurídico Fundamental, Editorial Grijley, Lima.

- GARCÍA CAVERO, PERCY (2006). ¿Existe y debe existir un Derecho Penal del Enemigo? Editorial Marcial, Madrid.
- GARCÍA CAVERO, PERCY (2007). Derecho penal económico - Parte General, tomo I, 2da. Edición, Editorial Grijley, Lima.
- GARCÍA CAVERO, PERCY. (2008). Lecciones de Derecho Penal-Parte General. Editorial Grijley, Lima.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO (1999). Tratado de criminología. 2da Edición, Editorial Civitas, Valencia.
- GASCON ABELLAN, MARINA Y GARCIA FIGUEROA, ALFONSO (2005). La argumentación en el derecho, Editorial Palestra. Lima.
- GRACIA MARTÍN, LUIS (2005). “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”. Disponible en sitio web: <http://criminet.ugr.es/recpc> (consultado el 20 de febrero del 2015).
- HERNANDEZ SAMPIERI, ROBERTO y otros (2010). Metodología de la investigación, Editorial McGrawHill, México.
- HURTADO POZO, JOSÉ (2005). Derecho Penal-Parte General, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima.
- JAKOBS, GÜNTHER (1997) “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. En: Estudios de Derecho penal, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Editorial Civitas, Madrid.

- JAKOBS, GÜNTHER (2003). “El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”. En: Derecho penal del enemigo, Trad. CANCIO MELIÁ, Manuel, Editorial Civitas, Madrid.
- JAKOBS, GÜNTHER (2004). Dogmática del Derecho penal y configuración normativa de la sociedad, trad. Teresa Manso Porto, Editorial Civitas, Madrid.
- JAKOBS, GÜNTHER Y CANCIO MELIÁ, MANUEL (2003). Derecho Penal del Enemigo, Editorial Thomson-Civitas, Madrid.
- JIMÉNEZ DE AZÚA, LUIS (1992). “Corsi e ricorsi: La vuelta de Von Litz”. En: VON LIZT, Franz. “La idea de fin en el Derecho Penal”, Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Valparaíso de Chile, México.
- LUJAN TÚPEZ; MANUEL (2013). Diccionario Penal y Procesal Penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
- MINISTERIO PÚBLICO (2011). El crimen y la violencia en cifras. Observatorio de Criminalidad, Fiscalía de la Nación, Lima.
- POLAINO NAVARRETE, MIGUEL (2008). Introducción al Derecho Penal. Editorial Grijley, Lima.
- POLAINO NAVARRETE, MIGUEL (2011). “Reincidencia y Habitualidad: Poniendo caras al Enemigo”. En Jus-Constitucional, Editorial Grijley, Lima.
- POLAINO-ORTS, MIGUEL (2006). Derecho Penal del Enemigo: Desmitificación de un concepto, Editorial Grijley, Lima.

- PORTILLAS CONTRERAS, GUILLERMO. (2004). “Fundamentos Teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo”. En: Revista Jueces para la Democracia, N° 49, Madrid.
- PORTUGAL SÁNCHEZ, JUAN (2009). “Derecho Penal del Enemigo: ¿Postulado inconstitucional o garante de los derechos humanos?” Disponible en sitio web: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista019/derecho%20penal%20del%20enemigo.htm>. (Consultado el 15 de febrero del 2015).
- PRIETO SANCHÍS, LUIS (2004) Constitución y Derechos Fundamentales. Editorial Porrúa-UNAM, México.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS (2007). La Filosofía Penal de la Ilustración. Editorial Palestra, Lima.
- QUIROZ SALAZAR, WILLIAN (2007). Investigación Jurídica. Editorial IMSERGRAF, Lima.
- RAMIREZ ERAZO, RAMÓN. (2010). Proyecto de investigación / Cómo se hace una tesis, UNMSM, Lima.
- RAMOS NUÑEZ, CARLOS (2011). Cómo hacer una Tesis y no envejecer en el intento, Editorial Grijley, Lima.
- RAMOS SUYO, JUAN (2004). Elabore su tesis en Derecho: Pre y Postgrado, Editorial San Marcos, Lima.
- ROBLES TREJO, LUIS (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica, Editorial Ffecaat, Lima.

- ROBLES TREJO, LUIS y otros (2012). Fundamentos de la investigación científica y Jurídica, Editorial Fecatt, Lima.
- ROCHEFORT, JUAN (2005). Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal. Editorial J.M. Bosch, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS (1992). Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. J.M Bosch editor, Barcelona.
- SOLÍS ESPINOZA, ALEJANDRO (1991). Metodología de la Investigación Jurídico Social, Lima.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN Y OTROS (2011). Críticas al Funcionalismo Normativista y otros temas actuales del Derecho Penal-Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Editorial Palestra, Lima.
- WELZEL, HANS (2004). El nuevo sistema del Derecho Penal - una introducción a la doctrina de la acción finalista. traducción y notas por José Cerezo Mir, 2da reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, EUGENIO (2002). Derecho Penal Parte General. 2da. Edición, Editora Ediar, Buenos Aires.
- ZELAYARAN DURAND, MAURO (2000). Metodología de la investigación jurídica, Ediciones Jurídicas, Lima.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA (2001). Política criminal. Editorial Alianza, 5ta reimpresión, Madrid.

VI. ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: EL EXPANSIONISMO PENAL Y SU RELACIÓN CON LA REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE
CUALIFICADA PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	MARCO TOERICO	ASPECTOS METODOLÓGICO
<p>Problema general: ¿Qué tipo de relación existe entre el expansionismo penal y la reincidencia como circunstancia agravante cualificada para la determinación de la pena y su relación con en el ordenamiento jurídico peruano?</p> <p>Problemas específicos: a) ¿Cuáles han sido los motivos de la regulación y evolución legislativa de la reincidencia en el ordenamiento jurídico peruano?, b) ¿Por qué la reincidencia se constituye una manifestación del expansionismo en el penal en el ordenamiento jurídico peruano?, c) ¿Cuáles son las manifestaciones del expansionismo penal para justificar la reincidencia como circunstancia agravante cualificada para la determinación judicial de la pena? d) ¿Cuáles son los cuestionamientos a la figura de la reincidencia como circunstancia agravante cualificada para la determinación judicial de la pena?.</p>	<p>Objetivo general Determinar la relación existente entre el expansionismo y la reincidencia como circunstancia agravante cualificada para la determinación judicial de la pena en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>Objetivos específicos a) Describir los motivos de la regulación y evolución legislativa de la reincidencia en el ordenamiento jurídico peruano. b) Analizar por qué la reincidencia se constituye en una manifestación del expansionismo en el penal en el ordenamiento jurídico peruano. c) Identificar las manifestaciones del expansionismo penal para justificar a la reincidencia como circunstancia agravante cualificada para la determinación judicial de la pena. d) Explicar los cuestionamientos a la figura de la reincidencia como circunstancia agravante cualificada para la determinación judicial de la pena.</p>	<p>Entre el expansionismo penal y la reincidencia como circunstancia agravante cualificada para la determinación judicial de la pena existe una relación directa y predeterminada por la ola expansionista del Derecho Penal, el reprimir con mayor severidad dichas conductas, y la afectación de los principios constitucionales.</p> <p>Variables V. Independiente: El expansionismo penal Variable dependiente: La reincidencia como circunstancia agravante cualificada para la determinación de la pena</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Expansionismo penal - Derecho penal del enemigo - Derecho Penal del Enemigo como Derecho Penal de Autor. - La política criminal en el marco del Derecho penal del enemigo - La reincidencia como agravante de la pena 	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u> Dogmática <u>TIPO DE DISEÑO:</u> No Experimental <u>DISEÑO GENERAL:</u> Transversal <u>DISEÑO ESPECÍFICO:</u> Explicativa <u>UNIDAD DE ANALISIS:</u> Estará será Documental conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. <u>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Identificación del lugar donde se buscó la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recojo de información en función a los objetivos y variables. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información <p>Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías. <u>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</u> Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. <u>ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN</u> Para el análisis de la información se empleó la técnica cualitativa y la triangulación de teorías. <u>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS:</u> Método de la argumentación jurídica.</p>

