

UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES COMO PARÁMETRO
HERMENÉUTICO PARA LA NO APLICACIÓN DE LA REINCIDENCIA
EN EL DERECHO PENAL CONSTITUCIONALIZADO**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Responsable de la investigación:

Bach. JHON EDUARDO BACA EDQUÉN

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

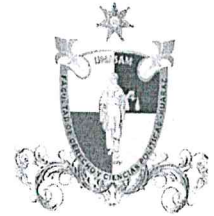
Huaraz – Perú

2024





FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO
TOMO I - FOLIO 003 - AÑO 2024 - FDCCPP

MODALIDAD: TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las quince horas del día lunes ocho de enero del dos mil veinticuatro. Se reunieron en la Sala de Audiencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

| | | |
|---------------------------------------|---|------------|
| Mag. ARMANDO CORAL RODRIGUEZ | : | PRESIDENTE |
| Abog. JESUS EDMUNDO HENOSTROZA SUAREZ | : | SECRETARIO |
| Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO | : | VOCAL |

Con el objeto de examinar la Sustentación de Tesis, titulada: "LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES COMO PARAMETRO HERMENEUTICO PARA LA NO APLICACIÓN DE LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL CONSTITUCIONALIZADO", del bachiller BACA EDQUEN, JHON EDUARDO, para OPTAR el Título Profesional de Abogado.

Acto seguido, el bachiller fue llamado por su nombre e invitado a ocupar el podio a efectos de su exposición, luego de lo cual, fue examinada en relación a la tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente invitó a los asistentes a retirarse para la deliberación.

Obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO : *Dieciseis (16)*
 RESULTADO : *Aprobado por unanimidad.*

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador lo Declara:**
 para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las *dieciseis y treinta* horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.

 MAG. ARMANDO CORAL RODRIGUEZ
 PRESIDENTE

 ABOG. JESUS EDMUNDO HENOSTROZA SUAREZ
 SECRETARIO

 DR. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO
 VOCAL

Anexo de la R.C.U N° 126 -2022 -UNASAM
ANEXO 1
INFORME DE SIMILITUD.

El que suscribe (asesor) del trabajo de investigación titulado:

Los principios constitucionales como parámetro hermenéutico para la no aplicación de la reincidencia en el derecho penal constitucionalizado

Presentado por: Jhon Eduardo Baca Edquén

con DNI N°: 75204934

para optar el Título Profesional de:

Abogado

Informo que el documento del trabajo anteriormente indicado ha sido sometido a revisión, mediante la plataforma de evaluación de similitud, conforme al Artículo 11° del presente reglamento y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de :20..... de similitud.

Evaluación y acciones del reporte de similitud de los trabajos de los estudiantes/ tesis de pregrado (Art. 11, inc. 1).

| Porcentaje | | Evaluación y acciones | Seleccione donde corresponda |
|-------------------------|-------------------|---|----------------------------------|
| Trabajos de estudiantes | Tesis de pregrado | | |
| Del 1 al 30% | Del 1 al 25% | Esta dentro del rango aceptable de similitud y podrá pasar al siguiente paso según sea el caso. | <input checked="" type="radio"/> |
| Del 31 al 50% | Del 26 al 50% | Se debe devolver al estudiante o egresado para las correcciones con las sugerencias que amerita y que se presente nuevamente el trabajo. | <input type="radio"/> |
| Mayores a 51% | Mayores a 51% | El docente o asesor que es el responsable de la revisión del documento emite un informe y el autor recibe una observación en un primer momento y si persistiese el trabajo es invalidado. | <input type="radio"/> |

Por tanto, en mi condición de Asesor/ Jefe de Grados y Títulos de la EPG UNASAM/ Director o Editor responsable, firmo el presente informe en señal de conformidad y adjunto la primera hoja del reporte del software anti-plagio.

Huaraz, 26/02/2024



FIRMA
31658643

Apellidos y Nombres: _____

DNI N°: _____

LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Se adjunta:

1. Reporte completo Generado por la plataforma de evaluación de similitud

NOMBRE DEL TRABAJO

**JHON BACA EDQUEN- INFORME FINAL.d
ocx corregido 260423.docx**

AUTOR

JHON BACA

RECUENTO DE PALABRAS

27307 Words

RECUENTO DE CARACTERES

150085 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

116 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

185.8KB

FECHA DE ENTREGA

Feb 26, 2024 9:10 AM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Feb 26, 2024 9:15 AM GMT-5**● 20% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 18% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 12% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Bloques de texto excluidos manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)

AGRADECIMIENTOS

A mis padres y hermana, ustedes han sido siempre la motivación que impulsa mis sueños y esperanzas. Me apoyaron sin importar los cientos de kilómetros que nos separan en los días y noches más difíciles durante mi etapa universitaria. Siempre han sido mis mejores guías de vida. Gracias por creer en mí.

A mi asesor, el Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo, sin usted, su paciencia y constancia este trabajo no lo hubiese logrado tan fácil. Gracias por sus orientaciones.



DEDICATORIA

Mi tesis la dedico con todo mi corazón a mis padres y hermana, pues sin ellos no lo habría logrado. Por su sacrificio, esfuerzo, por brindarme apoyo incondicional y por creer en mis capacidades. Los valores que me inculcaron a diario me llevan por el camino del bien. Por eso les doy mi trabajo en ofrenda por su comprensión, paciencia y amor, los amo.



INDICE

| | |
|---|--------|
| RESUMEN | 8 |
| ABSTRACT | 9 |
| INTRODUCCIÓN | 10 |
| CAPÍTULO I | - 13 - |
| EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .- | 13 - |
| 1.1. Descripción del problema | - 13 - |
| 1.2. Formulación del problema | - 15 - |
| 1.2.1. Problema general | - 15 - |
| 1.2.2. Problemas específicos | - 15 - |
| 1.3. Importancia del problema | - 15 - |
| 1.4. Justificación y viabilidad | - 16 - |
| 1.4.1. Fundamentación teórica | - 16 - |
| 1.4.2. Fundamentación práctica | - 17 - |
| 1.4.3. Fundamentación legal | - 17 - |
| 1.4.4. Fundamentación metodológica | - 17 - |
| 1.4.5. Fundamentación técnica | - 18 - |
| 1.4.6. Viabilidad | - 18 - |
| 1.5. Formulación de objetivos | - 18 - |
| 1.5.1. Objetivo general | - 18 - |
| 1.5.2. Objetivos específicos | - 19 - |
| 1.6. Formulación de hipótesis | - 19 - |

| | |
|---|-------------|
| 1.6.1. Variables / Categorías | 19 - |
| 1.7. Metodología | 20 - |
| 1.7.1. Tipo de investigación..... | 20 - |
| 1.7.2. Diseño de investigación..... | 20 - |
| 1.7.3. Plan de recolección de la información..... | 21 - |
| 1.7.4. Técnicas e instrumento(s) de recolección de la información | 21 - |
| 1.7.5. Técnica de análisis de datos y/o información..... | 23 - |
| CAPÍTULO II..... | 24 - |
| MARCO TEÓRICO | 24 - |
| 2.1. Antecedentes..... | 24 - |
| 2.2. Bases teóricas | 27 - |
| 2.2.1. El programa penal de la constitución | 27 - |
| 2.2.2. Control de constitucionalidad | 30 - |
| 2.2.3. La constitucionalización del derecho penal..... | 34 - |
| 2.2.4. Principios constitucionales | 36 - |
| 2.2.5. La reincidencia como agravante de la pena | 39 - |
| 2.3. Definición de Términos | 41 - |
| CAPÍTULO III | 44 - |
| RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN..... | 44 - |
| 3.1. Los principios constitucionales en la interpretación de la reincidencia...-44- | |
| 3.1.1. Principio de ne bis in idem | 44 - |
| 3.1.2. Principio de culpabilidad | 52 - |



| | |
|---|-------|
| 3.1.3. Principio de proporcionalidad | 54 - |
| 3.1.4. Principio de presunción de inocencia | 59 - |
| 3.1.5. Principio de resocialización | 62 - |
| 3.2. La reincidencia y la determinación de la pena en la legislación..... | 65 - |
| 3.3. La reincidencia en la jurisprudencia del Poder Judicial | 68 - |
| 3.4. La reincidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional . | 73 - |
| 3.5. Derecho comparado | 75 - |
| 3.5.1. Código Penal Federal mexicano | 75 - |
| 3.5.2. Código Penal de la Nación Argentina | 77 - |
| 3.5.3. El Código Penal español de 1995..... | 79 - |
| CAPITULO IV | 81 - |
| DISCUSION Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS | 81 - |
| 4.1. Derecho penal y la Constitución: | 81 - |
| 4.2. Aplicación de los principios constitucionales como criterios hermenéuticos para la no aplicación de la reincidencia en materia penal... | 88 - |
| 4.2.1. La prohibición del ne bis in idem y la reincidencia | 88 - |
| 4.2.2. El principio de culpabilidad y la reincidencia | 90 - |
| 4.2.3. El principio de proporcionalidad y la reincidencia..... | 92 - |
| 4.2.4. El principio de presunción de inocencia..... | 97 - |
| 4.2.5. El principio de resocialización y la reincidencia | 101 - |
| 4.3. Admisión de su constitucionalidad y lineamientos de su aplicación | 102 - |
| 4.4. Validación de la hipótesis | 103 - |

| | |
|--------------------------------------|---------|
| V. CONCLUSIONES | - 106 - |
| VI. RECOMENDACIONES | - 108 - |
| VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | - 109 - |



RESUMEN

El objetivo de esta tesis consistió en examinar los principios constitucionales que actúan como criterios interpretativos para evitar la aplicación de la reincidencia como agravante en el derecho penal constitucionalizado. Para ello, se llevó a cabo una investigación teórico-dogmática y descriptiva, basándose en las fuentes formales del derecho, como la doctrina, jurisprudencia y normativa, utilizando técnicas documentales y análisis de contenido. Se descubrió que el surgimiento del neoconstitucionalismo y del Estado constitucional implicó el cambio en la percepción de la constitución de política o formal a jurídica o material, con un impacto determinante de los principios constitucionales en el sistema legal. Se concluyó que los principios constitucionales funcionan como directrices fundamentales para todo el sistema sociopolítico y jurídico, y poseen fuerza vinculante. Por lo tanto, todas las leyes, reglamentos y normas creados en una sociedad deben respetar dichos principios, ya que influyen en la definición de las libertades individuales y colectivas y en los límites del ius puniendi. En este sentido, los principios constitucionales de culpabilidad, ne bis in ídem, presunción de inocencia, resocialización y proporcionalidad son criterios interpretativos para evitar la aplicación de la reincidencia como agravante en el derecho penal constitucionalizado.

Palabras claves: Constitución, Principios constitucionales, Constitucionalización, Hermenéutica, Reincidencia, Agravante de la pena.

ABSTRACT

The objective of this thesis was to examine the constitutional principles that act as interpretative criteria to avoid the application of recidivism as an aggravating circumstance in constitutionalized criminal law. For this, a theoretical-dogmatic and descriptive investigation was carried out, based on the formal sources of law, such as doctrine, jurisprudence and regulations, using documentary techniques and content analysis. It was discovered that the emergence of neo-constitutionalism and the constitutional State implied the change in the perception of the constitution from political or formal to legal or material, with a decisive impact of constitutional principles on the legal system. It was concluded that the constitutional principles function as fundamental guidelines for the entire sociopolitical and legal system, and have binding force. Therefore, all laws, regulations and norms created in a society must respect these principles, since they influence the definition of individual and collective freedoms and the limits of the *ius puniendi*. In this sense, the constitutional principles of guilt, *ne bis in idem*, presumption of innocence, resocialization and proportionality are interpretative criteria to avoid the application of recidivism as an aggravating circumstance in constitutionalized criminal law.

Keywords: Constitution, Constitutional principles, Constitutionalization, Hermeneutics, Recidivism, Aggravating sentence.

INTRODUCCIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial, surgió un nuevo tipo de Estado llamado "Estado constitucional", que es básicamente una transformación del Estado legal. Este cambio, mencionado por Carbonell, Guastini y Zagrebelski, entre otros, ha llevado al surgimiento del paradigma jurídico del neoconstitucionalismo y la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Este "nuevo constitucionalismo" se caracteriza, entre otros aspectos, por la materialización del derecho a través de los principios constitucionales, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la relación entre derecho y moral, y la importancia de la argumentación. Este enfoque desafía los fundamentos clásicos del derecho y ha generado interesantes desarrollos doctrinales y debates complejos.

Por ello, las demandas de evolución y transformación social requieren un replanteamiento concreto y unificado, que permita que los postulados constitucionales sean una realidad, garantizando la dignidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos. En un Estado constitucional de derechos, es importante que las normas infraconstitucionales se adecuen a lo establecido en nuestra carta magna, protegiendo la dignidad humana.

En ese sentido, el surgimiento de los principios constitucionales como contenido básico en los textos constitucionales de los Estados constitucionales implica, como señala Dworkin, que el ordenamiento jurídico está compuesto no solo por reglas sino también por principios y valores. Cuando las constituciones irradian todo el ordenamiento, nos encontramos con un carácter invasivo de la constitución, donde los derechos fundamentales son principios.

Por lo que, en dicho contexto, en el caso peruano la Constitución Política de 1993 tiene características como valor normativo, carácter vinculante y valorativo, así como un carácter abierto. Este enfoque exige el desarrollo y la comprensión de la teoría de la argumentación y su implicación en la seguridad jurídica en tiempos del neoconstitucionalismo. Además, contiene una orientación sistemática o dogmático-penal, lo que proyecta principios y límites jurídicos al ius puniendi del Estado para garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos en el ámbito penal. Así, los principios constitucionales aportan coherencia y racionalidad a la totalidad de las normas penales de un ordenamiento jurídico.

Por ello, la reincidencia se considera una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal y puede vulnerar principios fundamentales consagrados en nuestra constitución. La estructura de este trabajo de investigación se divide en cuatro capítulos: el primero aborda el problema y la metodología de la investigación; el segundo, el marco teórico; el tercero, los resultados y análisis de la información; y el cuarto, la discusión y validación de la hipótesis en base a los resultados obtenidos y los fundamentos que justifican su validez.

En última instancia, en cuanto a la estructura del trabajo de investigación, cabe señalar que se ha organizado en cuatro capítulos: el Capítulo I se centra en el problema y la metodología de la investigación, siguiendo el diseño de la investigación científica se desarrollaron el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, las hipótesis y la metodología utilizada. El Capítulo II aborda el marco teórico, presentando los antecedentes de la investigación, las bases teóricas y la definición de términos de la investigación, los cuales se elaboraron mediante la técnica del fichaje para respaldar su fundamento

teórico-doctrinario. El Capítulo III se refiere a los resultados y análisis de la información, donde se recopiló información basada en las variables de investigación, que posteriormente se analizaron utilizando la técnica del análisis cualitativo. El Capítulo IV trata sobre la discusión y validación de la hipótesis, justificando la hipótesis planteada con base en los resultados obtenidos y los fundamentos que respaldan su validez, de manera coherente y argumentativa.

El titulado.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

A través de la Ley Nro. 28726 del 05.09.2006, el Legislativo reincorporó al Código Penal de 1991 los conceptos de reincidencia y habitualidad, modificando todo lo relacionado con el concurso ideal de delitos. Así, se añadieron los incisos 12 y 13 al artículo 46°, así como los artículos 46° B y 46° C.

Por ello, cabe destacar que esta ley se promulgó en un contexto particular, ya que el Congreso de la República estaba en proceso de modificar las normas relacionadas con delitos contra la libertad sexual, delitos contra el patrimonio en la modalidad de hurto simple y medidas cautelares personales en la modalidad de detención preventiva o provisional.

Así, el legislador nacional, en el artículo 46 –B, establece que quien, después de cumplir total o parcialmente una condena privativa de libertad, comete un nuevo delito doloso, será considerado reincidente. Así, el juez debe tener en cuenta estas circunstancias, como la reincidencia, al momento de fijar una condena, lo cual determinará un aumento de la pena a imponer. Sin embargo, este tema no era muy debatido en el pasado, lo que nos lleva a reflexionar sobre las razones que impulsaron al Legislativo a emitir estas medidas, que, en mi opinión, son populistas y buscan combatir la criminalidad en Perú mediante el incremento de las penas.

Además, aunque la reincidencia fue analizada por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0014-2006-PI/TC, y declarada constitucional, esta resolución ha sido objeto de críticas por parte de constitucionalistas y penalistas debido a la vulneración de principios como el ne bis in idem, culpabilidad, proporcionalidad y

los fines de la pena. Por lo tanto, la investigación se enfocará en los argumentos de estas críticas a la resolución del Tribunal Constitucional como parte del derecho a cuestionar las resoluciones.

En ese sentido, la crítica a la resolución del Tribunal Constitucional pone de manifiesto la importancia de un análisis más profundo de los principios constitucionales y las implicaciones de estas medidas en la lucha contra la criminalidad en Perú. Algunos argumentan que la reincorporación de la reincidencia y habitualidad en el Código Penal puede tener consecuencias negativas en términos de justicia y equidad, y que, en lugar de abordar eficazmente el problema de la criminalidad, solo agrava la situación de las personas más vulnerables en la sociedad.

Además, se sugiere que el enfoque actual del Legislativo en cuanto a la lucha contra la criminalidad a través de medidas punitivas puede no ser el más adecuado. Sería pertinente explorar otras estrategias más efectivas, como políticas de prevención, rehabilitación e inclusión social, que aborden las causas subyacentes de la delincuencia y ofrezcan soluciones a largo plazo y sostenibles.

En este sentido, la investigación sobre la crítica a la resolución del Tribunal Constitucional y el debate en torno a la reincorporación de la reincidencia y habitualidad en el Código Penal puede contribuir a una discusión más amplia sobre la eficacia de las políticas y estrategias de lucha contra la criminalidad en Perú. Asimismo, puede proporcionar elementos para repensar el enfoque actual y buscar soluciones más justas y equitativas, que promuevan el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la constitución y los tratados internacionales, así como la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cuáles son los principios constitucionales que sirven de parámetro hermenéutico para la no aplicación de la figura de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado?

1.2.2. Problemas específicos

- a. ¿Cuáles son las implicancias de la constitucionalización del derecho en la configuración del derecho penal contemporáneo?
- b. ¿Por qué la figura de la reincidencia como agravante calificada de la pena colisionan con el contenido del programa penal de la Constitución?
- c. ¿Cuál es papel o rol de los principios constitucionales frente a la no aplicación de la figura de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado?
- d. ¿Constituye el control difuso de constitucionalidad el mecanismo válido e idóneo para inaplicar de las figuras de reincidencia en el marco de un derecho penal constitucionalizado?

1.3. Importancia del problema

Existen diversas opiniones en relación con el fundamento de la reincidencia como un factor que agrava la pena. Algunos argumentan que la sanción más severa se justifica por la mayor culpabilidad del reincidente, otros en su peligrosidad, y algunos en el mayor daño cometido. También se han propuesto explicaciones basadas en la insuficiencia de la sanción previamente impuesta o en relación con los objetivos que debe cumplir la pena, entre otras ideas.

En lo que respecta al debate sobre la constitucionalidad de la reincidencia, se sostiene que la aplicación de este agravante implica la vulneración de varios principios constitucionales, como la culpabilidad y el *ne bis in idem*, entre otros. Además, se critica que, mediante la reincidencia, el Estado impone una sanción más severa basada únicamente en la "personalidad" del agente y no en función del comportamiento llevado a cabo por dicho individuo.

Se argumenta que nos enfrentamos a una expresión ilegítima de un Derecho penal de autor (se sanciona por lo que es) o del ánimo (se sanciona por lo que aparenta ser). Incluso, se señala que esta presunción de peligrosidad podría afectar al derecho a la tutela judicial efectiva si no se le proporciona al ciudadano sometido al proceso la posibilidad de argumentar la inexistencia de dicho riesgo. Por otro lado, el principio de proporcionalidad también ha sido cuestionado, indicando que con la reincidencia la cantidad de pena excede el daño realmente causado. No solo eso, sino que también se sostiene que la sanción más severa carece de legitimidad al no basarse en una afectación real a un bien jurídico.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Fundamentación teórica

La investigación que se llevará a cabo está basada en el paradigma jurídico del Neoconstitucionalismo (Pozzolo, 2011 y Comanducci, 2002), que permitirá determinar las bases para no aplicar la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado.

En ese sentido, según refiere Pozzolo (2011), la doctrina Neoconstitucionalista es una política constitucional que indica cómo debe ser el Derecho, y se centra en la capacidad de la Constitución para ofrecer respuestas a

los dilemas actuales (p. 27). Por otro lado, Comanducci (2002) propone analizar el neoconstitucionalismo desde tres perspectivas distintas: El neoconstitucionalismo es, al mismo tiempo, una teoría del derecho que se ajusta a los cambios normativos en nuestros sistemas jurídicos, postula la necesidad de una ciencia jurídica normativa y es también una ideología y metodología.

En este sentido, el neoconstitucionalismo, se presenta como una concepción del Derecho opuesta al positivismo jurídico y como una especie de iusnaturalismo.

1.4.2. Fundamentación práctica

El propósito práctico de esta investigación va más allá de la mera crítica o cuestionamiento de la figura de la reincidencia como agravante de la pena, aunque es un tema controvertido en el ámbito académico. Su validez ha sido cuestionada desde diferentes enfoques, tanto dogmáticos como político-criminales. Sin embargo, el objetivo de la investigación es analizar los principios constitucionales que sirven como parámetro hermenéutico para no aplicar la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado.

1.4.3. Fundamentación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de Grados y Títulos de la FDCCPP- UNASAM

1.4.4. Fundamentación metodológica

El enfoque metodológico utilizado en la investigación fue el enfoque cualitativo, que según Melet (2018, pp. 96-103) busco describir y comprender de manera integral el fenómeno o proceso estudiado, centrándose en la penetración y

discernimiento del objeto abordado, el entendimiento de sus causas, los motivos subyacentes, el análisis y evaluación de las variables involucradas y la interpretación de las creencias, motivaciones e intenciones de los participantes.

1.4.5. Fundamentación técnica

En el desarrollo de la investigación, se utilizaron como herramientas técnicas una computadora personal, impresora, escáner y el software Office 2021, que permitieron almacenar, procesar y sistematizar la información.

1.4.6. Viabilidad

a. Bibliográfica: Se contó con diversas fuentes de información como bibliográficas, hemerográficas y virtuales, de las cuales se obtuvo la información para la investigación.

b. Económica: Se dispuso de los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos generados por la investigación, los cuales fueron autofinanciados por el responsable de la investigación.

c. Temporal: El período de investigación en el que se llevó a cabo la investigación correspondió al año 2022.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Analizar los principios constitucionales que sirven de parámetro hermenéutico para la no aplicación de la figura de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado.

1.5.2. Objetivos específicos

a. Evaluar las implicancias de la constitucionalización del derecho en la configuración del derecho penal contemporáneo.

b.- Determinar las razones jurídicas por las que la reincidencia como agravante calificada de la pena colisiona con el contenido del programa penal de la Constitución.

c. ¿Cuál es papel o rol de los principios constitucionales frente a la no aplicación de la figura de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado?

d. Explicar la viabilidad jurídica del control difuso de constitucionalidad como mecanismo válido e idóneo para inaplicar de las figuras de reincidencia en el marco de un derecho penal constitucionalizado.

1.6. Formulación de hipótesis

Los principios constitucionales de ne bis in ídem, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y resocialización y sirven de parámetro hermenéutico para la no aplicación de la figura de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado.

1.6.1. Variables / Categorías

Variable / Categoría 1: Los principios constitucionales

Variable / Categoría 2: Figura de la reincidencia como agravante de la pena

1.7. Metodología

1.7.1. Tipo de investigación

Se llevó a cabo una investigación teórica-dogmática, cuyo objetivo fue profundizar y ampliar el conocimiento sobre los principios constitucionales que funcionan como parámetro hermenéutico para la no aplicación de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado. Este tipo de investigación no busca resolver el problema jurídico planteado, sino abordarlo teóricamente para lograr una mejor comprensión y valoración del mismo.

1.7.2. Diseño de investigación

a. Tipo de diseño: Se realizó una investigación No Experimental, ya que no se manipularon ni controlaron las variables, y tampoco se llevó a cabo ningún experimento. El propósito fue estudiar las categorías, conceptos, variables, eventos y contextos que se presentan sin la intervención directa del investigador, es decir, sin que el investigador altere el objeto de investigación, en relación a los principios constitucionales que funcionan como parámetro hermenéutico para la no aplicación de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado.

b. Diseño general: Se empleó un diseño transversal. Este diseño recopiló datos en un único momento, en un tiempo específico del hecho jurídico objeto de estudio, en el año 2022, información referente a los principios constitucionales que sirven de parámetro hermenéutico para la no aplicación de la figura de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado.

c. Diseño específico: Se utilizó el diseño descriptivo, cuyo propósito fue describir situaciones problemáticas, es decir, cómo se manifiesta y se presenta un determinado fenómeno. Para ello, se buscó especificar las características, aspectos y dimensiones relacionados con los principios constitucionales que funcionan como parámetro hermenéutico para la no aplicación de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado.

Para lo cual se empleó el diseño descriptivo simple, cuyo esquema lógico es:

M O

Dónde: M = Objeto de estudio y O = Resultados

1.7.3. Plan de recolección de la información

a) Se inició con la selección cuidadosa de fuentes jurídicas primordiales, abarcando desde publicaciones académicas hasta bases de datos en línea de instituciones respetadas en el ámbito legal, para lo cual se identificaron fuentes jurídicas clave como libros, artículos, jurisprudencia, legislación, y recursos digitales de entidades destacadas. Se seleccionaron las más relevantes tras evaluar bibliografías y resúmenes.

b) Se llevó a cabo una selección detallada y organización de fuentes pertinentes, mediante un examen exhaustivo de su contenido. Este proceso incluyó la evaluación de la relevancia de cada fuente para garantizar que su incorporación aportara valor significativo al estudio, asegurando así que cada elemento seleccionado contribuyera de manera efectiva a los objetivos de la investigación.

c) La planificación temporal meticulosa, con objetivos bien definidos, resultó crucial para la eficacia del estudio. Esta estrategia implicó asignar bloques de

tiempo específicos para el examen minucioso de cada fuente, permitiendo un avance ordenado y sistemático en la investigación. Esta organización del tiempo aseguró una dedicación adecuada a cada aspecto del estudio, optimizando así los recursos y maximizando la productividad del proceso investigativo.

d) La selección de métodos para la recopilación de datos se basó en su pertinencia para el tema investigado, abarcando desde el análisis exhaustivo de textos legales hasta la utilización de bases de datos especializadas. Este enfoque multidimensional permitió una exploración profunda y diversificada del tema, garantizando una recolección de datos integral y ajustada a las necesidades específicas de la investigación.

e) La organización efectiva de la información recopilada se logró mediante el empleo de herramientas de organización como resúmenes y mapas conceptuales. Esta estrategia permitió no solo clasificar los datos de manera eficiente, sino también facilitar la identificación de conexiones clave entre los distintos elementos de la investigación, mejorando así la comprensión y el análisis del tema en estudio.

f) La validación de la información recopilada involucró un meticuloso proceso de comprobación, centrado en evaluar la confiabilidad de las fuentes y la relevancia y actualización de los datos. Este paso crítico aseguró que la información utilizada en la investigación fuera precisa y directamente aplicable al tema en estudio, contribuyendo así a la solidez y credibilidad de los hallazgos.

1.7.4. Técnicas e instrumento(s) de recolección de la información

a. Técnica documental o Fichaje. Ello referido a las fuentes o textos bibliográficos, hemerográficos y virtuales para recopilar información sobre la

doctrina sobre el problema de investigación, empleándose como instrumentos la Fichas: textuales, Resumen y comentario.

b. Ficha de análisis de contenido. Para el análisis de la jurisprudencia y determinar sus fundamentos y posiciones dogmáticas, empleándose como instrumentos la ficha de análisis de contenido.

1.7.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se utilizó el enfoque del análisis cualitativo, dado que en la investigación jurídica dogmática no se admiten valoraciones cuantitativas. Este enfoque recolecta, examina y comprende información explicativa, causal y argumentativa (Aranzamendi, 2011). Es uno de los métodos más empleados en las ciencias sociales, y el Derecho es una de ellas. Se optó por este enfoque ya que nuestro interés radica en explicar y analizar una situación preocupante sobre los principios constitucionales que sirven como base hermenéutica para no aplicar la figura de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado.

En este sentido, la investigación cualitativa en el ámbito del Derecho debe entenderse como "... un proceso de indagación de un objeto al cual el investigador accede mediante interpretaciones sucesivas, utilizando herramientas y técnicas que le permiten involucrarse con el objeto para interpretarlo de la manera más completa posible" (Orozco, 1996, p. 3).

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Se han revisado las tesis presentadas en la FDCCPP de la UNASAM, así como en otras universidades locales, nacionales e internacionales, encontrando algunos trabajos de investigación relacionados con la presente investigación. Entre ellos, podemos mencionar los siguientes:

Ríos Padilla, Emely (2016). “Criterios de determinación judicial de la pena y tratamiento penitenciario en la provincia de Huaraz-2013”. Tesis de maestría en Ciencias Penales. Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”. Huaraz. La investigación tuvo como objetivo analizar la influencia de los criterios de determinación judicial de la pena en el tratamiento penitenciario en la provincia de Huaraz-2013. Se concluyó que dichos criterios afectan negativamente el tratamiento penitenciario en la provincia de Huaraz. Por ello, una sentencia razonable y proporcional que contemple los criterios de determinación judicial de la pena, en el contexto carcelario, conduce a cambios en el tratamiento penitenciario mediante la participación activa e iniciativa del propio sentenciado en actividades educativas y laborales, contribuyendo a su proceso de resocialización.

Flores Barrionuevo, Alfredo (2019). “El expansionismo penal y su relación con la reincidencia como circunstancia agravante cualificada para la determinación judicial de la pena”. Tesis de maestría. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz. El autor concluyó que la configuración y aplicación de la reincidencia en el derecho penal conlleva vulneraciones de principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, así como la vulneración del

principio ne bis in ídem al realizar una doble valoración del hecho anterior para agravar la pena por encima del límite máximo del tipo penal. Además, se señaló 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 implicaría un retorno al derecho penal de autor en contraposición al derecho penal de acto.

Romero de la Cruz, Ruth (2019). “La rehabilitación y la reincidencia ¿fallas del sistema penitenciario?”. Tesis para obtener el título profesional de Abogada. Universidad Continental. La investigación concluye que existe una necesidad de cambio en la realidad actual, ya que hay reincidencia debido a las deficiencias en los programas de tratamiento penitenciario dentro de los centros penitenciarios. Por lo tanto, después de aplicar y analizar encuestas, se considera que se ha cumplido con el objetivo propuesto y se ha demostrado que existe una alta tasa de reincidencia debido a problemas en las cárceles del Perú.

Sánchez Chacón, David (2015). “La necesidad de establecer la eficacia de la reincidencia y la habitualidad como política de seguridad en el distrito de Chiclayo”. Tesis para obtener el título profesional de Abogado. Universidad Señor de Sipán. El autor señala que la reincorporación de las instituciones jurídico penales de reincidencia y habitualidad a la normativa nacional como política de seguridad ciudadana por parte del Estado no hace más que vulnerar los derechos fundamentales, tal como se señala en la investigación. Se evidencia que estaríamos frente a una involución del derecho penal, en particular del Derecho Penal Garantista, usando como pretexto responder al incremento de la delincuencia en el país. Con la reincorporación de estas instituciones jurídico penales, el Estado

peruano estaría haciendo caso omiso de los Principios Constitucionales y del Derecho Penal Garantista.

Urcos Vargas, Fabiola (2018). “La reincidencia y la habitualidad criminal; Principio ne bis in idem en el derecho penal peruano”. Tesis para obtener el título profesional de Abogada. Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión. La autora considera que es necesario definir, a nivel dogmático, si estamos ante un Derecho Penal del Autor o un Derecho Penal del Acto. La Comisión Revisora consideró que castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio NE BIS IN IDEM (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233 inc. 11 de nuestra Constitución Política, según manifestaba dicha comisión haciendo referencia a la Carta Magna de 1979.

Alcocer Pavis, Eduardo (2016). “La reincidencia como agravante de la pena: consideraciones dogmáticas y de política criminal”. Tesis doctoral. Universitat Pompeu Fabra. La reincidencia, como agravante de la pena, es uno de los temas más polémicos en el campo académico. Su validez ha sido cuestionada desde diversas perspectivas, tanto desde la dogmática como desde una visión político criminal. A pesar de las críticas, en este trabajo se busca justificar su desarrollo en los ordenamientos jurídico penales, proponiendo criterios normativos que ayuden a delimitarla. De esa manera, el análisis dogmático realizado de la agravante no se aleja de la realidad ni de los fines que, legítimamente, se busca alcanzar con ella.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El programa penal de la constitución

La constitución contiene los principios que rigen las distintas áreas del derecho, en el caso del derecho penal se ha denominada como el programa penal de la constitución, las bases constitucionales del derecho penal, ello entendido de la siguiente manera:

La Constitución contiene un conjunto de normas-regla y normas-principio que configuran un programa constitucional penal de contención; y conforme a su carácter normativo de la Constitución, vincula no solo la actividad legislativa, sino también la actividad de los órganos jurisdiccionales, y los a órganos de ejecución penal. Este Programa Penal de la Constitución, está conformado con los principios generales de la Constitución, los derechos fundamentales, los valores superiores, los principios generales, los mandatos, prohibiciones y permisiones directamente vinculados con la finalidad de contención del Derecho penal, y lo que es más importante la cláusula general de cierre del contenido del Derecho penal, según la cual todo el ordenamiento penal debe ser interpretado conforme a la Constitución. (Arroyo, 1998, p. 3).

En tal sentido, el conjunto de criterios que orienten la discrecionalidad legislativa en sus opciones de criminalización primaria, vertebrado sobre la base de los principios de fragmentariedad y última ratio del poder punitivo y que orienten la actividad jurisdiccional, no son para tratar de conferir un fundamento a una

pretendida legitimación al poder punitivo (Ferrajoli, 1997, pp. 321 – 338), sino de legitimación del Derecho Penal como contención.

Así, las normas limitadoras del poder punitivo:

“(…) establecen la adopción de un Programa Penal, es decir, un conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituyen un marco normativo en cuyo seno el legislador puede y debe tomar sus decisiones, y en la que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar” (Angulo, 2006, p. 9).

Por lo que, la función de contención de la Constitución y el Derecho Penal, ha sido expresada por el Tribunal Constitucional, en el expediente 0012-2006-PI/TC, ha precisado:

La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando éste ejerce su poder punitivo. En efecto, en el referido artículo se establecía que “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aludiéndose claramente a la obligación del Legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho Penal, así como a la exigencia de que sea la “ley” el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos. Si bien las referidas ideas fundamentales se presentaban inicialmente como fórmulas

programáticas y políticas, se han venido repitiendo en las Constituciones y en los Códigos Penales con diversa amplitud y precisión (Tiedemann, 1991, p. 146).

Así, Tribunal Constitucional define su posición con relación al objeto de Constitución y Derecho Penal como límite al poder punitivo; señala además que: “En el caso del ordenamiento jurídico peruano, la Constitución de 1993 ha establecido, en lo que se refiere a la actividad punitiva del Estado, determinadas exigencias no sólo de orden material, sino también de orden procesal”.

Dentro de los primeras, las garantías materiales, destacan nítidamente: a) el principio de legalidad penal (artículo 2º, inciso 24, apartado “d”); b) el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3º y 43º), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º inciso 1); c) el principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo 200º); d) el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139º inciso 9); e) la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139º inciso 11); f) el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139º.12); g) el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139º inciso 8); h) el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103º); y i) el derecho a que toda persona es

considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2º, inciso 24 apartado “e”), entre otras”.

2.2.2. Control de constitucionalidad

El control constitucional ha tenido un desarrollo que incluso hoy por hoy aún presenta, por razones muy conocidas, divergencias entre los sistemas anglosajón y europeo. En ese entender, para Barranco:

[...] la Constitución del Estado constitucional es una que se define a partir de las características siguientes. Primera, es un texto normativo, es decir, se configura como Norma[sic] y, consecuentemente, vincula a sus destinatarios (el poder público y los particulares). Segunda, vincula como norma suprema, es decir, la validez del resto del ordenamiento jurídico depende de su adecuación al contenido normativo constitucional. Tercero, es norma jurídica suprema con contenido material, es decir, recoge valores (dignidad humana, justicia, libertad, solidaridad, etc.) que tienen validez jurídica y que por ello reclaman ser aplicados. [...] Por el contrario, la Constitución del Estado legal [es] una negación de cada una de estas características. Así, la Constitución no [vincula] de modo efectivo a sus destinatarios, [...] por su carácter no normativo sino eminentemente político, no [podría] ser considerada como fuente efectiva de juricidad, [...] no [tiene] contenido jurídico material alguno (2011, pp. 10 -11).

En ese sentido, se nota que lo importante acerca del control constitucional, en buena cuenta, es la proyección que se desprende del texto constitucional no necesariamente como organizador del Estado sino más bien como equilibrador del

poder y, lato sensu, como protector de derechos. He allí una de las bases del constitucionalismo actual.

En dicho contexto, es clave entender la relación inseparable entre Estado constitucional y control constitucional, toda vez que en el Estado constitucional la constitución es una norma jurídica vinculante a todos los poderes públicos y los particulares, en ese sentido Ramos (2015, p. 15) señala que:

En tanto ideal político, el Estado constitucional requiere que todas las normas que ingresen al sistema jurídico lo hagan respetando el diseño jurídico implementado desde y por la Constitución. Y, en ese afán, el Tribunal Constitucional es, tal como lo establece la misma Carta Fundamental, el único órgano encargado de verificar la validez de una norma legal y, en consecuencia, expulsarla del ordenamiento jurídico si ella es inconstitucional. Para ello, la Constitución y el Código Procesal Constitucional han previsto un escenario en el que debe desarrollarse esta delicada tarea, que, además, fortalece el sistema democrático: el proceso de inconstitucionalidad.

En consecuencia, aparece no como el centro del cual todo deriva, como irradiación a través de la soberanía del Estado en la que se apoya, sino como el centro sobre el que todo debe converger. “Todos nos encontramos obligados a respetarla, cumplirla y defenderla” (Artículo 38 de la Constitución), porque es la norma que se configura como un ‘derecho sobre el derecho’, “en tanto fórmula de un vínculo ineludible de la persona con la eficacia de la normatividad” (Ferrajoli, 2002. p. 674); “concepto que se ha enunciado como ‘Derecho de la Constitución’” (STC 5854-2005-PA/TC, FJ, 5).

Es por ello, que la vigencia de una Constitución como refiere Zabrabelski (1995) es el de un Estado constitucional, que representa una evolución respecto del concepto de Estado legal de derecho; ahora, es la ley la que debe adecuarse al contenido formal y material de la Constitución, toda vez que la primera se ha convertido en objeto de medición de la segunda, tal como se expresa en los procesos de inconstitucionalidad.

La Constitución, dado su carácter político y jurídico, y en tanto contrato social y codirector de su proceso continuo (Häberle, 2007), ostenta una supremacía que debe ser protegida. Esta dimensión supera la teoría política del *pouvoir neutre* “poder neutral” esbozada en el siglo XIX o la noción del *Herr der Verfassung*, “señor de la Constitución” (Landa, 2007, p. 20).

Esta necesidad de ser garantizada no impide desconocer su alto grado de complejidad. Por eso es imposible no entenderla como un contrato incompleto; pero esta apertura interpretativa no debe impedir que se equilibre el poder entre los órganos públicos y que se proteja los derechos, por ejemplo, a través de un proceso de inconstitucionalidad.

Por su parte Toro (2008) considera que cuando los jueces cumplen su función y dictan sentencias de inconstitucionalidad, como las que el Tribunal Constitucional ha emitido a lo largo de los años, se genera una incomodidad para el establishment, pues quedan expuestas las falencias del sistema y de sus instituciones; pero ello es ineludible en la labor de la jurisdicción constitucional.

Por lo que, para actuar con corrección, de acuerdo a Hesse (1983. p. 35):

(...) el Tribunal Constitucional debe utilizar las herramientas hermenéuticas a su disposición y las técnicas que defina para cada

caso”. De hecho, se ha inclinado por el “modelo interpretativo institucional y ha reafirmado el principio de la interdicción de la arbitrariedad dentro de la función reguladora de la interpretación correctora (Guastini, 2011. p. 133).

En este sentido, es importante considerar que, como autoridad judicial encargada de interpretar y aplicar las normas constitucionales, el juez debe tener en cuenta su contenido preciso al analizar las normas con rango de ley que se encuentren bajo su control. Asimismo, debe infundirles el espíritu progresivo de la Constitución, tal como lo establece Calamandrei (1962, p. 181).

En el proceso de inconstitucionalidad, el parámetro a utilizar no se limita al contenido del texto constitucional, sino que también incluye el bloque de constitucionalidad nacional (establecido en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional) e internacional (establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), así como las interpretaciones realizadas por la jurisprudencia constitucional (establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y las normas del sistema interamericano de derechos humanos (establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

La búsqueda constante de la norma detrás de la disposición permite que se creen reglas jurídicas a partir de la actividad interpretativa del juez, aplicando el principio de interpretación conforme en caso necesario. Este principio se denomina en el modelo alemán como 'verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes' y en el modelo estadounidense como 'in harmony with the Constitution' (Fix-Zamudio, 2009, p. 17).

Así, cuando se emite una sentencia de inconstitucionalidad, el Tribunal asume un papel fundamental en la gobernabilidad del Estado, su legitimidad y su desarrollo, pues la adopción de la decisión judicial muchas veces sirve para solucionar controversias en el espacio político. La importancia de su actuación cobra mayor relieve si se tiene en cuenta que las controversias constitucionales suelen estar relacionadas con casos trágicos.

En ese sentido, Bidart Campos (1998) sostiene que, por lo tanto, es imperativo que las sentencias se emitan bajo criterios racionales y objetivos, basados en razonamientos jurídicos, con ética, independencia e idoneidad, una triada que debe orientar su emisión. Las controversias sobre la Constitución deben resolverse en un marco interpretativo estrictamente normativo, y se debe procurar zanjar cuestiones sociales y asuntos públicos, que subyacen en el sentido de la propia Norma Fundamental.

2.2.3. La constitucionalización del derecho penal

La constitución en tanto norma suprema, establece las bases constitucionales del derecho público y derecho privado. Pero según refiere Landa (2018, pp. 39-40): “... quizás sea en el derecho penal donde la vinculación e influencia del derecho constitucional se hace más patente, en la medida en que los valores de libertad personal y seguridad que realiza constituyen su telos”.

Por ello:

La constitucionalización del Derecho penal y procesal penal, en resumidas cuentas, significa configurar una política criminal de contención al servicio de la persona humana, vinculando los ejercicios funcionales (...) que evite cualquier género de subjetivismo o

arbitrariedad en la actividad persecutoria del delito y durante el proceso que legitima la sanción del mismo (Angulo, 2006, p. 9).

En consecuencia, desde una perspectiva constitucional, se debe considerar que la legitimidad del Derecho Penal se basa en su configuración como una contención al poder punitivo, es decir, una limitación al *ius puniendi*. Por lo tanto, los derechos fundamentales deben ser considerados como límites a la irracionalidad y al abuso del poder punitivo, tanto formalmente como reforzados por principios.

Por lo que, según Mendoza Ayma (2019), en el Estado legal, la limitación formal del poder punitivo fue el objetivo; sin embargo, en el Estado Constitucional, esta limitación se refuerza con fundamentos materiales como el principio de razonabilidad y proporcionalidad, y los contenidos esenciales de los derechos fundamentales. Por lo tanto, cargar contenido constitucional a los conceptos penales es un objetivo central en el proceso de constitucionalización del derecho penal.

Mientras que Zaffaroni también considera que "La dimensión y operatividad de las agencias punitivas específicas del sistema penal constituyen una cuestión de naturaleza constitucional en el plano jurídico" (Zaffaroni, 2001, p. 86).

Por lo tanto, el fenómeno de la constitucionalización del derecho penal es una clara muestra de la relación entre la Constitución y el derecho penal, según señala Urquiza Olaechea:

Existe una clara vinculación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. (...) Esto es así porque el ámbito del Derecho penal afecta derechos fundamentales v. gr. La libertad. A esto debe agregarse la idea de que la aplicación del Derecho penal debe darse siempre en situaciones extremas" (Urquiza, 2006, p. 155).

En esa misma línea el Tribunal Constitucional peruano, respecto persecución criminal de un Estado constitucional democrático, expresa su relación en los siguientes términos:

La política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho Penal de los ciudadanos y un derecho Penal del enemigo; es decir un Derecho Penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su estatus en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que, para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho – principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático (Exp. No. 0003-2005-AI, 09/08/2006, P, FJ. 16).

2.2.4. Principios constitucionales

Un principio se refiere a un enunciado que tiene la intención de ser aplicado. Estos enunciados tienen pretensiones de aplicación máxima y absoluta, lo que los hace difícilmente aplicables por sí mismos a un caso concreto. Así, para Guastini (2011, p. 173) considera que:

(...) los principios como normas que poseen dos caracteres relevantes: se trataría de normas fundamentales e indeterminadas a la vez.

Fundamentales en dos sentidos: por un lado, fundamentan el resto del sistema jurídico y a su vez, como normas del más alto grado jerárquico, ya no requieren ser fundamentadas, en cuanto constituyen las “razones últimas” del sistema jurídico.

Por su parte Grandez (2016, pp. 14-15) considera que los principios constitucionales poseen de la fuerza normativa de la Constitución en relación con las restantes normas del ordenamiento. Es oportuno recordar que gozan de una funcionalidad amplia, como elemento informador. El texto constitucional puede contener principios expresos o implícitos.

Por otro lado, los principios expresan también la necesidad de redimensionar el papel del propio derecho constitucional respecto del derecho ordinario que debe verse impregnado a través de los principios constitucionales. Finalmente, y no menos importante, el reconocimiento de los principios supone también la necesidad de replegar, cuando no desplazar, los métodos tradicionales de interpretación que resultan insuficientes (e incluso disfuncionales) para interpretar la Constitución (Zagrebelsky, 2014, pp. 198 y ss.).

En ese sentido:

(...) la terminología empleada por la Constitución vigente es muy variada. En efecto, la Constitución emplea la palabra «principio» con diferentes significados, y aun en aquellos casos en que lo hace con el sentido general con que venimos utilizándolo en este trabajo, con relación a supuestos muy distintos, que trataremos de catalogar después. En ocasiones, la Constitución no emplea el término principios, sino que

usa de otras expresiones cargadas asimismo de significación axiomática y valorativa. Estamos, pues, ante una Constitución de la que puede decirse que no responde a una mentalidad positivista y sí, en cambio, podría afirmarse que es muy «principal» (Díez Picazo, 1973, p. 207).

Por otro lado, según Grandez (2016, p. 33), “el triunfo del Estado Constitucional sobre su antecesor, el Estado Legislativo, ha sido celebrado en Europa como la transformación más relevante operada en la segunda mitad del siglo XX” (Zagrebelsky, 2005, p.33). Sin embargo, en esencia, esta transformación — como lo ha hecho notar de manera sutil Ronald Dworkin (1989) — no es otra que el triunfo, a nivel global, del constitucionalismo de los principios inaugurado con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica. Así:

En el caso europeo, el constitucionalismo de los principios significó al mismo tiempo el ascenso de los principios a un nivel donde nunca antes habían llegado. Tras las dos guerras del siglo XX, los europeos no querían insistir más en la primacía de la legislación y entonces asumieron la fórmula de una Constitución basada en la dignidad y otros principios universales. Los derechos fundamentales hicieron su ascenso a las constituciones y, con ello, el triunfo de los principios se había también concretado en el viejo continente. En un escenario tal, las distinciones entre reglas y principios son también—en alguna manera— una relación de sujeción, en la medida que la validez de las reglas dependerá de su adecuación a los principios constitucionales (Grandez, 2016, p. 34).

En este sentido, según Aguiló (2010, pp. 20-21), la separación fuerte entre reglas y principios lleva a Alexy a establecer una separación disyuntiva entre dos modelos de razonamiento. Mientras que las reglas se aplican mediante silogismos subsuntivos, los principios requieren ser optimizados mediante el mecanismo de la ponderación (Alexy, 2014, p. 39), es decir, se produce el cambio "del modelo de la subsunción al modelo de la ponderación" (Aguiló, 2010, p. 24).

De esta manera, Alexy defiende una conexión necesaria entre la teoría de los principios y la ponderación (Alexy, 2011, p. 11). La medida de los principios sería, por lo tanto, el test de proporcionalidad estructurado en tres subpruebas (adecuación, necesidad y ponderación), lo que permitiría establecer relaciones de prelación o jerarquía entre principios en conflicto de manera "correcta" para cada caso (Grandez, 2016, p. 28). Esto se debe a que, como señala Aguiló (2010, p. 23), "los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelven exclusivamente, sino mediante ponderación".

2.2.5. La reincidencia como agravante de la pena

Se entiende por "Reincidencia" la repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente hablando se dice que reincidencia es la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad.

En ese sentido, Bustamante (2021), nos presenta un conjunto de conceptos sobre la reincidencia:

Para, 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” (Cerezo, 2006, p. 1025).

En el mismo sentido, 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 penal (Mir Puig, 1974, p. 7.)

Por su parte, Zaffaroni “renuncia” a una definición 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” (Zaffaroni, 1992, p. 117).

En líneas generales, se afirma que es reincidente el sujeto que vuelve a realizar una conducta criminal después de haberse dictado en su contra una sentencia condenatoria definitiva (Alcócer, 2018, pp. 31-32).

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 de acudir al Derecho positivo para entenderlo.

Así, en el Perú, la Ley N° 28726 (del 9.5.2006) modificó el Código Penal y el CPP 1991 de la siguiente forma. Por un lado, se insertaron en el art. 46 del Código Penal dos agravantes genéricas de la pena: la habitualidad (inc. 12) y la reincidencia (inc. 13). Por otro; se incorporaron en sendas disposiciones se definieron esas agravantes. En el art. 46-B, se dispone:

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.

Además, mediante el D. Leg. N° 982 (del 22.07.2007), se modificó el art. 57 del Código Penal referente a la determinación de la ejecución de la sanción, En esta disposición se prevé la improcedencia de la suspensión de la ejecución de la pena cuando el agente es reincidente o habitual.

2.3. Definición de Términos

Previo al estudio sobre el estándar de prueba cautelar requerido en el caso de la prisión preventiva en el proceso penal peruano, es necesario definir algunos conceptos básicos:

- **Constitución.** - La Constitución es la fuente suprema dentro del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad. En cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales. Es por ello que la Constitución termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella (STC Exp. 0041-2004-PI/TC, FJ. 10).
- **Los principios constitucionales.** - Pueden ser definidos como aquellos principios generales del Derecho, que derivan de los valores superiores, en cuanto que especificación de los mismos, que vienen reconocidos en el ámbito

de las normas constitucionales. Los principios constitucionales participan de la fuerza normativa de la Constitución en relación con las restantes normas del ordenamiento (García, 1989, p. 149).

- **Derechos fundamentales.** - La doctrina designa comúnmente bajo la expresión “derechos fundamentales” a los derechos garantizados por la Constitución, los cuales son concebidos como valores que, desde un punto de vista político y moral, son considerados como básicos para la convivencia humana (Díez, 2000, p. 221). Es decir, se trata de derechos humanos garantizados con rango constitucional y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana.
- **La constitucionalización del Derecho penal.** - La constitucionalización del Derecho penal y procesal penal, en resumidas cuentas, significa configurar una política criminal de contención al servicio de la persona humana, vinculando los ejercicios funcionales (...) que evite cualquier género de subjetivismo o arbitrariedad en la actividad persecutoria del delito y durante el proceso que legitima la sanción del mismo (Angulo, 2006, p. 9).
- **Programa constitucional penal.** Este Programa Penal de la Constitución, está conformado con los principios generales de la Constitución, los derechos fundamentales, los valores superiores, los principios generales, los mandatos, prohibiciones y permisiones directamente vinculados con la finalidad de contención del Derecho penal, y lo que es más importante la cláusula general de cierre del contenido del Derecho penal, según la cual todo el ordenamiento penal debe ser interpretado conforme a la Constitución. (Arroyo, 1998, p. 3).
- **Reincidencia.** - Las instituciones de la reincidencia es una figura del derecho

penal de autor, que sancionan a las personas que han cometido un delito por su condición de tal y no por el acto cometido, sosteniendo que la aplicación de esta figura como circunstancias agravantes cualificadas para determinar la pena. En líneas generales, se afirma que es reincidente el sujeto que vuelve a realizar una conducta criminal después de haberse dictado en su contra una sentencia condenatoria definitiva (Alcócer, 2018, pp. 31-32).

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Los principios constitucionales en la interpretación de la reincidencia

La constitucionalización de la intervención penal se produce a través de los principios. Con el despliegue de su fuerza comunicativa, los principios cumplen una función legitimadora del ejercicio de la potestad punitiva estatal. Esta legitimación resulta de un proceso comunicativo donde el Derecho penal materializa su programa en la sociedad por medio de una operación controlada constitucionalmente. De esa forma “[l]os principios constitucionales se erigen en buena cuenta en auténticas garantías para la persona que legitiman no solo el proceso de la creación de la norma penal, sino también el proceso de aplicación de la norma en una decisión judicial” (Silva, 1992, p. 210).

Entre los principios constitucionales centrales del Derecho penal que sirven de fundamento para una relectura y nueva interpretación de la reincidencia destacan: ne bis in idem, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, resocialización.

3.1.1. Principio de ne bis in idem

Este principio establece que nadie puede ser juzgado o sancionado dos veces por un mismo hecho, ha sido reconocido como garantía en el ordenamiento jurídico, en primer lugar como una garantía no enumerada, derivada del principio de soberanía popular (artículo 45 de la Constitución) y de la forma republicana de gobierno (artículo 43 de la Constitución), y luego como garantía expresamente

consagrada a través de la jerarquización constitucional de las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos (Cuarta disposición final de la Constitución).

Por lo tanto, se encuentra que, dentro de los principios más importantes en el sistema de justicia, está el principio de *ne bis in idem*, el cual es definido por algunos autores como "una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, para evitar que quede una amenaza permanente sobre el individuo que ha sido sometido a un proceso penal previo" (Barrena, 1994, p. 298 citado por Rosas, 2016, p. 58).

En ese mismo, se debe considerar que:

(...) el criterio de interpretación o solución a constante conflicto entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tienen su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya cumplido no debe volverse a cumplir. Esta finalidad, continúa diciendo el referido autor, se traduce en un impedimento procesal que negaba la posibilidad de interponer una acción, y la apertura de un segundo proceso con el mismo objeto (De León, 1998, p. 388 citado por Rosas, 2016, p. 58).

Por lo tanto, este principio se materializa en el hecho de que nadie puede ser procesado por los mismos hechos por los cuales ya fue juzgado por sentencia firme en un tribunal penal, lo que implica que la persecución penal múltiple está prohibida. El Tribunal Constitucional sostiene que uno de los fundamentos de este principio es limitar sustancialmente el poder del Estado cuando ejerce su acción punitiva, al entender que:

El Tribunal Constitucional ha señalado que el *ne bis in idem* es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual

impide –en su formulación material– que una persona sea sancionada o castigada dos veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo *objeto*. Con ello se impide la dualidad de procedimientos, así como el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos [Cfr. STC 10192-2006-PHC/TC]. Entonces, el principio *ne bis in ídem* se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* contra una determinada conducta delictiva, debe tener una sola oportunidad de persecución, lo que guarda conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, puesto que de configurarse la concurrencia simultánea de los tres presupuestos del aludido principio y llevarse a cabo un nuevo proceso penal y/o imponerse una nueva sentencia, se incurriría en un exceso del poder sancionador contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. (STC Exp. 04829-2011-PHC, F.J. 2).

El Tribunal Constitucional, por su parte, aclara que el principio *ne bis in ídem* es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, lo que impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, el principio implica que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos,

evitando así la dualidad de procedimientos o el inicio de un nuevo proceso cuando exista esa triple identidad entre ambos procesos. Esto se desprende del fundamento 19 del expediente N° 2050-2002-HC/TC en el cual se resuelve el caso de Carlos Ramos Colque (Expediente N.º 2050-2002-HC/TC, fundamento 19).

Así también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca la importancia del principio "Ne bis in idem" en los sistemas de administración de justicia, al considerar que no se puede condenar dos veces a una persona por una misma conducta que constituya un único delito. En el caso Rosadio Villavicencio vs. Perú (sentencia de 14 de octubre de 2019) fundamentos 101-105, la Corte establece que este principio es una garantía esencial para la protección de los derechos humanos y fundamentales, y que su vulneración puede afectar gravemente la dignidad de las personas y la confianza en la justicia; expresa que:

101. La Corte observa que cuando una misma conducta o acción resulta prohibida a la luz de las normas que subyacen en dos o más tipos penales, siempre se trata de un único delito, pues todo delito es una conducta humana y a un único delito debe corresponder una única punición. Esto es precisamente lo que ocurre en este caso, se trata de una única conducta imputada al señor Rosadio Villavicencio: permitir el vuelo de aeronaves que transportaban droga, lo que encuadra simultáneamente en los tipos penales de desobediencia y de tráfico ilícito de drogas. Entender que la posibilidad del doble encuadramiento típico de los mismos hechos supone la comisión de dos delitos distintos, los cuales a su vez pueden ser sancionados con dos puniciones distintas, parte del errado supuesto que se trata de dos conductas distintas, lo que

habilitaría la plural e interminable cadena de puciones que el derecho penal material no permite y a la que se llegaría por efectos del desdoblamiento del mismo hecho en tantos pretendidos delitos como número de tipos penales aplicables.

102. Aun siendo sobreabundante, corresponde precisar que poco importa, a los efectos de considerar si se trata de una única conducta, que se ofenda a diferentes bienes jurídicos, porque precisamente no son las ofensas las que multiplican las conductas, cuya unidad, en este caso, es un dato de la realidad que no puede destruir ninguna interpretación jurídica. Son múltiples los ejemplos de concurso ideal en que los tipos que coinciden en la única conducta requieren la afectación de bienes jurídicos diferentes: es común en cualquier tribunal resolver casos de concurso ideal entre robo con violencia física y lesiones, con afectación de la propiedad y la integridad física, sin que esto permita desdoblar lo que ópticamente no puede ser sino una única conducta, con una única decisión de voluntad y hasta incluso a veces con un único movimiento (un tirón del que despoja de una cartera de mano, que desequilibra a la víctima, haciéndola caer y lesionarse).

103. Cabe insistir en que la pretensión de multiplicar los delitos conforme al número de tipos penales concurrentes desconoce la realidad del mundo incluso físico, pues multiplica un único objeto pluralmente desvalorado en tantos otros como desvaloraciones recaigan sobre él. Se trataría de un derecho que, al ignorar la necesaria base óptica que lo vincula a la realidad del mundo, se atribuiría la facultad

de “crear” una realidad inexistente, coincidiendo de esta forma con el viejo filósofo Antístenes, quien sostenía que un caballo blanco y de carreras eran dos caballos, a lo que respondió acertadamente Platón en su momento: sigue siendo un único caballo. Estando a la letra de la Convención, semejante desdoblamiento de un hecho único, o sea, la pretensión de punir delitos conforme al número de tipicidades, resulta incompatible con la señalada exigencia de “acciones u omisiones” del artículo 9º de la Convención.

104. Es necesario señalar que –además de las razones señaladas- la exigencia del artículo 9º responde a un claro rechazo de todo derecho penal material con fuerte aspiración autoritaria. En efecto, considerar que hay tantos delitos como normas violadas, significa punir conforme al número de sus mandatos incumplidos, o sea, atender al número de “desobediencias” y no de las acciones ilícitas de sus habitantes, por lo que los delitos no serían acciones, sino omisiones de cumplimiento de los mandatos estatales. Por esta vía, se suele llegar —en las versiones más autoritarias y totalitarias del derecho penal material— a la supresión de la exigencia de afectación de bien jurídico, pues pasa a primer plano la “desobediencia” al mandato estatal. Esto no impide que una acción resulte pluralmente tipificada como en el caso, en la ley penal ordinaria y en la ley penal militar, sino que el orden jurídico de cada Estado debe resolver, en tales supuestos, la cuestión de competencia en forma que evite el desdoblamiento del hecho único.

105. En síntesis, lo que resulta violatorio de la Convención Americana es la imposición de una pluralidad de puniciones por la misma acción u omisión, lo que presupone, como garantía judicial, que una única acción u omisión no sea sometida a una pluralidad de procesos.

Por su parte, el El Tribunal Constitucional utiliza técnicas de argumentación para analizar la vulneración de los derechos constitucionales, y dentro de ellas, el test de triple identidad se emplea para evaluar la afectación del principio de ne bis in idem. Este test busca verificar la afectación del principio mediante la identificación de tres elementos: a) la identidad de la persona física o sujeto; b) la identidad del objeto o causa del proceso; y c) la identidad de la causa de persecución o fundamento. Así en el Exp 01887-2010-PHC/TC, ff.jj. 25,26 y 31 señala que:

Fundamentos destacados: 25.- El primer requisito a ser cumplido para que opere el principio que nos ocupa es el de identidad de sujeto, lo que significa que la persona física a la cual se le persigue tenga que ser necesariamente la misma. Entendida así esta exigencia, debemos sostener que dicho requisito se cumple a plenitud, pues es perfectamente verificable que tanto en la investigación fiscal efectuada por el titular de la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal en la denuncia identificada con el número de registro de denuncia 452-2004 (primera investigación) como la re aperturada por el representante de la Décimo Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima a la cual se le asignó el número de registro 038-2007 (segunda investigación) figura el favorecido como investigado, esto es la persona de Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela aparece como sujeto pasivo de la investigación.

26.- En cuanto al segundo requisito, esto es la identidad objetiva o identidad de los hechos, que no es más que la estricta identidad entre los hechos que sirvieron de fundamento para la apertura tanto una como otra investigación, es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal. Así, del tenor literal de la resolución evacuada en la investigación fiscal signada con el número de registro 452-2004 se tiene que los hechos materia de imputación e investigación fueron los siguientes: “... Que de los hechos denunciados se deriva que la parte denunciante José Luis Zevallos Sotomayor sostiene que el denunciado ... Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela han utilizado indebidamente las recaudaciones de donaciones que se captan en España a través de la Fundación Privada INTERVIDA para darle un destino no acorde a los fines para los que fueron reunidos, aseverando que al tener 300,000 padrinos, los mismos que aportan US\$ 30.00 cada uno, lo cual totalizaría US\$ 9'000,000 mensuales; señalando que dicho dinero es mal aplicado toda vez que no informan de ello al Protectorado Generalitat de Catalunya, de la realización de programas, proyectos y/o actividades; señalando además que con dinero proveniente de tales donaciones formaron las empresas Roure Construcciones SAC, Argenta Inmobiliaria Sac, Genéricos Farma Ahorros SAC, Productos Lacteos SAC, Consultora Latina Y Asuntos Legales...”.

31.- Finalmente, concluyendo con el análisis del ne bis in idem, debemos verificar la concurrencia del elemento de identidad de la causa

de persecución, lo cual se presenta en el caso de autos, por cuanto el fundamento de los ilícitos supuestamente realizados por el demandado están referidos por igual a bienes jurídicos de la administración pública (estafa, asociación ilícita para delinquir, fraude en la administración de personas jurídicas, apropiación ilícita, receptación) que fuera materia de denuncia de parte y de las resoluciones que al respecto se dictaran en sede fiscal.

De esta forma, el Tribunal Constitucional emplea técnicas de argumentación para examinar la violación de los derechos constitucionales, y entre ellas, el test de triple identidad se utiliza para evaluar el principio de ne bis in idem. Este test tiene como objetivo verificar la vulneración del principio al identificar tres elementos: a) la identidad de la persona física o sujeto; b) la identidad del objeto o causa del proceso; y c) la identidad de la causa de persecución o fundamento.

3.1.2. Principio de culpabilidad

El principio de Culpabilidad no está explícitamente consagrado en la Constitución Política del Perú, pero su existencia se deriva de otros principios y normas establecidos. En primer lugar, el principio de Legalidad, que se encuentra en el literal "D" del numeral 24 del Artículo 2 de la Constitución. En segundo lugar, el principio de Proporcionalidad de las penas, que ha sido incorporado en la Constitución en el último párrafo del Artículo 200. Además, el principio de Culpabilidad es fundamental en el derecho penal y constituye la base para justificar la imposición de sanciones.

Por lo que “el principio de culpabilidad se basa en la responsabilidad penal y tienen diversas implicaciones prácticas. La principal es que exige culpa del autor

(dolo o imprudencia) para que exista ilícito penal y, por tanto, sanción aparejada: *nulla poene sine culpa*” (Aburto y Gómez, 2003, p. 15).

Por su parte, la jurisprudencia constitucional, ha desarrollado aspectos que establecen los alcances del principio de culpabilidad, el cual se ha constituido como un fundamento jurídico relevante para garantizar la imposición de la pena conforme a la ley y respetando los derechos constitucionales en un proceso penal.

Así, el Tribunal Constitucional ha considerado que:

25. El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado.

26. El principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos; así: "[e]n términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor

(exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido.

29. (...) los alcances de este principio. Uno de ellos es el mandato de determinación legal del delito, por el cual éste debe ser claramente determinado por ley, de modo expreso e inequívoco (*lex certa*), evitando la promulgación de leyes que contemplen tipos penales con características poco definidas o abiertas, pudiendo existir un margen limitado de indeterminación como consecuencia de la propia naturaleza del lenguaje.

3.1.3. Principio de proporcionalidad

“El principio de proporcionalidad tienen como principal función, evitar sanciones desproporcionadas y/o desmedidas, que afecten el derecho de la libertad personal en el ámbito del proceso penal” (Rosas, 2016, p. 67). Por su parte, Mir Puig señala que la “idea de proporcionalidad no solo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas y el principio de culpabilidad. No basta, entendido en los justos términos, para asegurar la necesaria proporcionalidad entre el delito y la pena” (Puig, 1994, p. 159).

En ese entendido, el Tribunal Constitucional admitió que se trataba de un principio general del derecho expresamente positivizado, en los siguientes términos: “En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución” (Exp. N° 010-2002-AI/TC, FJ 195).

Pero, en opinión de Urquiza Olaechea (2002, p. 194) “no existe ninguna norma en el texto de la Constitución de 1993 que evidencie un reconocimiento específico del principio de proporcionalidad”.

En el ordenamiento jurídico peruano, si bien no se encuentra explícitamente recogido el principio de proporcionalidad en el ámbito penal, se ha previsto en la Constitución su aplicación en situaciones excepcionales, en las que se restringen o suspenden derechos constitucionales, como se establece en el último párrafo del artículo 200 del Código Penal. Asimismo, se ha incorporado el principio de proporcionalidad como uno de los principios garantistas en el Título Preliminar del Código Penal, estableciendo que la pena impuesta debe ser proporcional al delito cometido y que no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, a excepción de los casos de reincidencia o habitualidad del agente del delito. Además, se dispone que la medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

En consecuencia, la relevancia del principio de proporcionalidad en el ámbito penal radica en que establece criterios para la imposición de las penas, a fin de que estas sean adecuadas al delito y demás circunstancias jurídicas relevantes consideradas por el juez penal al momento de establecer una condena. De esta manera, se busca garantizar que la imposición de la pena sea coherente con los principios constitucionales y los derechos fundamentales involucrados en el proceso penal.

Así, el Tribunal Constitucional establece que:

(...) En tal sentido, el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprochable resulte el acto respecto a la persona responsable (STC, Exp. N° 016-2006-PI, f.j. 35). Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal.

Así mismo, refiere el Tribunal constitucional, que:

El principio de proporcionalidad, en tanto presupuesto de necesaria evaluación por parte de los poderes públicos cuando pretendan limitar un derecho fundamental, exige examinar adecuadamente los siguientes subprincipios: a) si la medida estatal que limita un derecho fundamental

es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si la medida estatal es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal. Veamos con más detalle las referidas exigencias del principio de proporcionalidad (STC Exp. N° 0012-2006, PI, f.j. 32).

En ese sentido, el principio de proporcionalidad de las penas es una piedra angular en el sistema penal peruano y ha sido reconocido en nuestra Constitución. Específicamente, este principio se refiere a la relación entre la duración de la pena impuesta y el bien jurídico afectado. Se trata de un valor fundamental que debe ser considerado por el juez penal al momento de imponer una condena, a fin de que la sanción sea justa y adecuada al delito cometido.

La proporcionalidad de las penas es una garantía que se enmarca dentro de los principios garantistas del derecho penal, los cuales buscan proteger los derechos fundamentales del acusado y garantizar un proceso penal justo y equitativo. En este sentido, el principio de proporcionalidad contribuye a evitar penas excesivas o desproporcionadas, así como a garantizar la efectividad de la sanción impuesta, al no generar una carga excesiva en el condenado.

Por lo tanto, la consideración del principio de proporcionalidad en la imposición de las penas es una herramienta esencial para garantizar el respeto de los derechos constitucionales en el ámbito penal y fortalecer la legitimidad del sistema de justicia penal en su conjunto, en ese sentido, el Tribunal Constitucional precisa que:

(...) que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer ‘a toda costa’ la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 41).

Por ello, el principio de proporcionalidad en el ámbito penal es un valor constitucional que se constituye en un mecanismo indispensable que deberá tener en cuenta tanto el legislador penal como el juez penal. En este sentido, el legislador penal deberá tomar en cuenta este principio al pretender limitar los derechos fundamentales o establecer sanciones, mientras que el juez penal deberá considerarlo al aplicar la ley penal para determinar la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que corresponda en cada caso en concreto.

En ambas situaciones, las decisiones adoptadas deben ser idóneas, necesarias y ponderadas, en relación con la conducta que ponga en peligro o lesione un bien jurídico protegido. Es decir, la aplicación del principio de proporcionalidad es fundamental para garantizar que las sanciones sean adecuadas y justas, y que no se lesionen injustificadamente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

3.1.4. Principio de presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un derecho fundamental que se encuentra reconocido tanto en el ámbito internacional como en la Constitución Política del Perú. Este derecho se considera esencial en el marco del debido proceso, ya que rige durante todas las etapas del proceso penal. De hecho, el artículo 2, inciso 24, literal e) de la Constitución peruana establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad de manera judicial.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que la presunción de inocencia se manifiesta tanto como una regla de tratamiento y como una regla de juicio. En tanto regla de tratamiento, implica que toda persona acusada de un delito debe ser tratada con respeto a su dignidad y derechos fundamentales, independientemente de la gravedad de los cargos en su contra. Como regla de juicio, la presunción de inocencia implica que el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En este sentido, el peso de la prueba recae en la acusación, quien debe presentar pruebas suficientes para demostrar la culpabilidad del acusado.

En ese sentido, el tribunal Constitucional ha precisado afirmado que la presunción de inocencia es un principio y, a la vez, un derecho fundamental de todo procesado penalmente, cuya eficacia se despliega en diversas etapas del proceso penal, en un doble sentido:

- a) Por un lado, como una regla de tratamiento sobre la persona sometida al proceso penal, que exige partir de la idea de que el sometido al proceso es inocente.

b) Por otro, como una regla de juicio, “es decir, [como] una regla referida al juicio de hecho” de la resolución que sanciona, que se proyecta en el ámbito probatorio, conforme al cual la “prueba completa de la culpabilidad (...) debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución (...) si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada” (STC 3312-2004-AA/TC) (STC Exp. N° 0506-2005-PA/TC, F.J. 5).

Por otro lado, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la presunción de inocencia consiste:

a) El imputado no prueba su inocencia, sino quien acusa debe acreditar la culpabilidad a través de los medios probatorios que le franquea el ordenamiento jurídico respectivo. El derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa (CIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párrafo 154).

Una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla (CIDH. Caso

Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párrafo 153. Caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C N° 69, párrafo 120).

También, el Tribunal Constitucional ha establecido que la presunción de inocencia, como uno de los derechos fundamentales del debido proceso, se mantiene vigente durante todo el proceso penal, y solo se extingue cuando existe una sentencia condenatoria que haya sido declarada firme y consentida. De esta manera, desde el momento en que una persona es imputada en un proceso penal, se le presume inocente y se le debe tratar como tal, respetando todos sus derechos y garantías procesales, hasta que se demuestre su culpabilidad de manera definitiva y con todas las garantías procesales necesarias., así precisa que:

El artículo 2, inciso 24, de la Constitución establece que "Toda persona es considerada y;/ inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Al respecto, este Tribunal ha señalado en la sentencia recaída en el expediente 0618-2005-PHC/TC, fundamento 21 y 22, que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción *iuris tantum*, implica que "(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva". De igual forma, se dijo en la sentencia recaída en el expediente 2915-2004-PHC/TC, fundamento 12, que "la presunción de inocencia se mantiene 'viva' en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario

del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)". Por tanto, el derecho fundamental a la presunción de inocencia incorpora una presunción iuris tantum y no una presunción absoluta, de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria; es por ello que en nuestro ordenamiento se admiten determinadas medidas cautelares personales -como la detención preventiva o la detención provisional-, sin que ello signifique su afectación, siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad (STC Exp. N° 06613-2006-PHC/TC, f.j. 2).

3.1.5. Principio de resocialización

“La resocialización del condenado es un principio integrado por tres subprincipios: reeducación, rehabilitación y reincorporación” (Urias, 2011, p. 44). En esta línea, la “reeducación” hace referencia al proceso por el cual la persona adquiere determinadas actitudes que le permitirán desarrollar su vida en comunidad; la “reincorporación” hace alusión a la recuperación social de la persona condenada a determinada pena; y, finalmente, la “rehabilitación” representa la renovación jurídica del status del ciudadano que cumple determinada pena (Montoya, 2008, pp. 634-635).

Se puede entender que la rehabilitación es un proceso que busca reeducar, reincorporar y, en última instancia, rehabilitar al condenado. En cuanto a la naturaleza de la resocialización, una parte importante de la doctrina penal sostiene que ésta representa el fin preventivo que debe cumplir la pena o, para algunos, el

Derecho penal en su conjunto. Dicho fin se conoce como prevención especial positiva, la cual busca prevenir la comisión de delitos mediante la generación de un cambio "positivo" en el delincuente. Es importante destacar la diferencia entre fin y función, ya que el fin se refiere a un plano prescriptivo o de "deber ser", es decir, representa un valor que fundamenta y legitima algo, mientras que la función pertenece al plano descriptivo o del "ser" (Ferrajoli, 2005, p. 322). Por esta razón, el fin del Derecho penal o de la pena está compuesto por los valores y argumentos que justifican la limitación del poder punitivo del Estado.

En ese sentido, el Estado peruano tiene la obligación de resocializar al condenado a través de la ejecución de la pena, tal como se establece en el artículo 139.22 de la Constitución Política del Perú, el cual establece que el régimen penitenciario tiene como finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Además, el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia correspondiente al expediente N° 0033-2007-AI/TC, en los fundamentos jurídicos 30, 31 y 33, ha expresado su posición al respecto:

30. Así, la prevención especial hace referencia al procedimiento que tiene como objetivo la ‘resocialización’ de los internos sometidos a un régimen penitenciario. El concepto de resocialización, si bien es cierto no se encuentra expresamente en la Constitución, se puede deducir de ella (...) Este concepto (resocialización) comprende tanto el proceso reeducativo como el resultado, la reincorporación social, sin que se descuide tampoco la comprensión jurídica de este resultado y que es determinada por la rehabilitación”.

31. (...) También se afirmó: “la reincorporación social de un condenado nos remite al resultado fáctico de recuperación social de un condenado, originalmente considerado antisocial. Recuperación que implica la introducción en la sociedad de un condenado en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos (...). La rehabilitación expresa más un resultado jurídico, esto es, un cambio en el estatus jurídico del ciudadano que obtiene su libertad. En ese sentido, por rehabilitación se entiende la recuperación, por parte del ciudadano que ha cumplido su condena, de todos sus derechos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos” (Montoya, 2001). (...)

33. Asimismo, se indicó que “la justificación de la pena privativa de libertad es, a la vez, la protección de la sociedad contra el delito, para lo cual se pretende que mediante la resocialización el delincuente, una vez liberado, no solamente quiera respetar la ley y proveer sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

En este contexto, el principio de resocialización es una garantía del condenado a una pena privativa de libertad (Silva 1992, p. 263) dirigido al Estado y, especialmente, a los funcionarios del sistema penitenciario (Meini 2009, p. 310). También, el principio de resocialización es un derecho que tienen todas las personas condenadas a una pena privativa de libertad, y que está dirigido tanto al Estado como a los funcionarios del sistema penitenciario.

Este principio exige que la ejecución de la pena privativa de libertad se realice mediante la implementación de medidas que tengan como objetivos principales reducir el carácter represivo de la cárcel, a fin de disminuir su efecto estigmatizador,

y dotar a la persona condenada de mecanismos que le permitan participar libremente en la vida social y ofrecerle alternativas al comportamiento delictivo.

De esta forma, se busca que el sistema penitenciario cumpla su función de resocialización, procurando que la pena privativa de libertad sea lo menos represiva posible y propicie una reinserción efectiva del condenado en la sociedad, tal como se establece en el artículo 139.22 de la Constitución Política peruana.

3.2. La reincidencia y la determinación de la pena en la legislación peruana

Según Mendoza (2018, pp. 602-603) sostiene que la regulación de la reincidencia se remonta al código penal de 1863 y posteriormente al código penal de 1924, el cual establecía su regulación. No obstante, en el código penal de 1991 se decidió proscribirla por considerarse contraria a los principios de humanidad de la pena, ne bis in ídem, inutilidad contra la criminalidad y por ser una forma aberrante de castigar, tal como se indica en la exposición de motivos de dicho código penal. Sin embargo, el artículo 46-B que regula la reincidencia fue reintroducido en el código penal por el artículo 2 de la Ley N° 28726, publicada el 09 mayo 2006. El citado artículo establece 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.

Así, el artículo 46-B del Código Penal ha sufrido diversas modificaciones a lo largo del tiempo. La primera modificación se realizó mediante la Ley N° 29407 en el año 2009, seguida de otra modificación a través de la Ley N° 29570 en el año 2010. Sin embargo, esta última modificación no duró mucho tiempo, ya que el artículo 46-B fue nuevamente modificado por la Ley N° 29604, publicada en octubre de 2010. Posteriormente, en agosto de 2013, se produjo otra modificación a través de la Ley N° 30076. La última modificación del artículo 46-B del Código Penal se realizó mediante la disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181, publicado en julio de 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.

Según Bustamante (2021) y Apaza (s.f.e.), la Reincidencia y la Habitualidad fueron prohibidas en el Código Penal de 1991, pero desde su incorporación a través de la Ley N° 28726 en mayo de 2006, estas figuras han ido evolucionando y ampliando su ámbito de aplicación. Han sido modificadas en varias oportunidades mediante las leyes N° 29407 de setiembre de 2009, N° 29570 de agosto de 2010, N° 29604 de octubre de 2010, N° 30068 de julio de 2013, N° 30076 de agosto de 2013 y el Decreto Legislativo N° 1181 de julio de 2015. En tal sentido, en menos de diez años de vigencia y existencia, dichas instituciones han venido siendo modificadas hasta en siete oportunidades.

Por ello, se debe considerar que las figuras de la reincidencia y la habitualidad se encuentran reguladas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal peruano y fueron reincorporadas después de su eliminación del Código Penal. La reincorporación de estas agravantes se fundamentó en las necesidades impuestas por el aumento de la delincuencia y la supuesta indefensión en que se encontraría la sociedad. Por lo que, en el contenido expreso de los fundamentos de la Ley 28726, del 9 de mayo de 2006, da cuenta del alejamiento manifiesto del principio de responsabilidad por el acto que importó la reincorporación de las agravantes

calificadas de reincidencia y habitualidad reguladas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal.

En el mismo sentido, indica que la reintroducción de las agravantes de reincidencia y habitualidad se fundamenta en razones preventivo-especiales, lo cual se evidencia de manera más o menos clara.

3.3. La reincidencia en la jurisprudencia del Poder Judicial

a. Casación 399-2019, Lambayeque: Reincidencia: ¿qué significa cumplir «en todo o en parte» una pena

Sumilla: Tráfico Ilícito de Drogas. Reincidencia. - 1. Respecto de la reincidencia (artículo 46-B del Código Penal), a la fecha de comisión del delito, regía el Decreto Legislativo 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince. Es reincidente el agente que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso, concretamente en el delito de tráfico ilícito de drogas con agravantes (artículo 297 del Código Penal) –sin límite de tiempo [reincidencia de segundo grado]–. La pena, en los delitos graves enunciados por el tercer párrafo de la disposición legal inicialmente citada, se aumenta en no menos de dos tercios por encima del plazo legal fijado para el tipo penal.

2. Un requisito de carácter objetivo de toda reincidencia es que el agente cometa otro delito después de haber cumplido en todo o en parte una pena por un delito doloso (reincidencia real y genérica), impuesta por una sentencia firme. Se requiere el cumplimiento total o parcial de la pena. El cumplimiento será total cuando el agente observó la integridad de la pena impuesta; ésta ya venció. El cumplimiento será parcial cuando el agente sufrió una fracción de la pena asignada, no toda ella. El agente ha de haber dejado de cumplir la pena, sea por su agotamiento

o, antes, por diversas circunstancias: excarcelaciones anticipadas vía beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del Establecimiento Penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera.

La jurisprudencia Casación 399-2019, Lambayeque, trata sobre el tema de la reincidencia y su requisito objetivo de cumplir en todo o en parte una pena por un delito doloso antes de cometer otro delito. La sentencia establece que se considera reincidente a un agente que comete un nuevo delito doloso después de haber cumplido en todo o en parte una pena por un delito anterior. El cumplimiento total se da cuando se ha observado la integridad de la pena impuesta, mientras que el cumplimiento parcial ocurre cuando solo se ha cumplido una fracción de la pena asignada. En cualquier caso, se requiere una sentencia firme para considerar al agente como reincidente.

Asimismo, la sentencia destaca que, en el caso de delitos graves, como el tráfico ilícito de drogas con agravantes, la pena se aumenta en no menos de dos tercios por encima del plazo legal fijado para el tipo penal. Además, no hay límite de tiempo para considerar una reincidencia de segundo grado en estos delitos.

En conclusión, la jurisprudencia Casación 399-2019, Lambayeque, establece los requisitos y consecuencias de la reincidencia en casos de delitos dolosos, enfatizando la importancia del cumplimiento total o parcial de la pena impuesta y la existencia de una sentencia firme.

b. R.N. 908-2019, Lima Este: Reincidencia: aplicación en el tiempo

Sumilla. Inaplicación de la reincidencia. - Como no se recuperó todo lo robado, se está ante un delito de robo consumado. La agraviada resultó con lesiones levísimas. Ante la no recuperación del segundo celular, la cuantía de la reparación

civil impuesta resulta razonable. No puede disminuirse. El encausado recurrente registra una condena anterior por delito de robo con agravantes. La pena impuesta en esa ocasión fue conmutada y venció el veintisiete de agosto de dos mil doce. En la medida en que el presente delito fue cometido el diecisiete de junio de dos mil dieciocho y la modificación legislativa del artículo 46-B del Código Penal, según la Ley 30076, entró en vigor el veinte de agosto de dos mil trece –luego de la comisión del primer delito, que es el factor temporal de apreciación determinante–, que excluía el límite de tiempo de los cinco años, no es posible estimar que el encausado es reincidente. Siendo así, el recurso defensivo debe prosperar en este último extremo. La pena debe disminuirse teniendo presente además la regla de reducción por bonificación procesal por conformidad procesal.

Así, la sentencia RN 908-2019 de Lima Este aborda la aplicación de la agravante de reincidencia en el caso de un delito de robo con lesiones leves. El encausado había sido condenado anteriormente por un delito de robo con agravantes y la defensa argumentaba que no se podía considerar como reincidente debido a que la modificación legislativa del artículo 46-B del Código Penal, que eliminó el límite de tiempo de cinco años para la reincidencia, entró en vigor después de la comisión del primer delito.

El tribunal, en su análisis, determinó que el factor temporal de apreciación determinante es la comisión del primer delito y no la entrada en vigor de la modificación legislativa. En este caso, al haber transcurrido más de cinco años desde la finalización de la pena impuesta por el primer delito, no se puede considerar al encausado como reincidente y, por tanto, la agravante de reincidencia no puede ser aplicada.

Este fallo es importante porque aclara la aplicación en el tiempo de la agravante de reincidencia y destaca la importancia del análisis temporal en la determinación de la reincidencia. Además, resalta la importancia de una correcta interpretación y aplicación de las normas para garantizar los derechos de los acusados y una justicia efectiva.

c. Casación N° 2267-2019 - Huancavelica: No configura reincidencia si imputado se hallaba privado de libertad

La Corte Suprema sostuvo que no es posible declarar como reincidente a quien se halla cumpliendo una pena dentro de un establecimiento penitenciario por hechos diferentes a los que fueron materia del nuevo procesamiento.

Como recordaremos, la reincidencia, es una agravante cualificada y está regulada en el artículo 46-B del Código Penal, cuyo texto vigente señala lo siguiente:

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.

Su fundamento político criminal radica en el fracaso de la resocialización de una persona que cumplió una pena privativa de libertad efectiva en todo o en parte.

Asimismo, para la declaración de reincidencia, primero se debe cumplir los siguientes requisitos:

- i) que la pena provenga de una sentencia firme
- ii) que la pena impuesta haya sido efectiva
- iii) que la persona esté en libertad.

Así, no será reincidente si el sentenciado se halla cumpliendo una pena privativa de libertad, toda vez que no concurre la condición referida a su cumplimiento total o parcial de la sentencia previa. Por ello, corresponde el afianzamiento de la línea jurisprudencial establecida en las Sentencias Casación números 1459- 2017/Lambayeque y 399-2018/Lambayeque.

A partir de lo mencionado, en el caso en concreto, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Sala Superior aplicaron indebidamente el artículo 46-B del Código Penal al declarar al acusado como reincidente, toda vez que conforme a su hoja penológica y sus antecedentes judiciales, al tiempo de ser sentenciado en primera y segunda instancia, se hallaba privado de libertad en una cárcel pública, con lo cual se configura la indebida aplicación de la norma penal material y así se declara (La Ley, 2021).

La sentencia RN 908-2019 de Lima Este aborda la aplicación de la agravante de reincidencia en el caso de un delito de robo con lesiones leves. El encausado había sido condenado anteriormente por un delito de robo con agravantes y la defensa argumentaba que no se podía considerar como reincidente debido a que la modificación legislativa del artículo 46-B del Código Penal, que eliminó el límite de tiempo de cinco años para la reincidencia, entró en vigor después de la comisión del primer delito.

El tribunal, en su análisis, determinó que el factor temporal de apreciación determinante es la comisión del primer delito y no la entrada en vigor de la modificación legislativa. En este caso, al haber transcurrido más de cinco años desde la finalización de la pena impuesta por el primer delito, no se puede considerar al encausado como reincidente y, por tanto, la agravante de reincidencia no puede ser aplicada.

Este fallo es importante porque aclara la aplicación en el tiempo de la agravante de reincidencia y destaca la importancia del análisis temporal en la determinación de la reincidencia. Además, resalta la importancia de una correcta interpretación y aplicación de las normas para garantizar los derechos de los acusados y una justicia efectiva.

3.4. La reincidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

a. STC 007-2018-PA: Demanda de inconstitucionalidad contra diversas disposiciones de la Ley 30076 - ¿Son constitucionales los artículos del Código Penal que regulan la reincidencia y habitualidad?

Fundamentos destacados. - 69. En consecuencia, se justifica por un lado la agravación de las condenas de criminales reincidentes y habituales por el mayor grado de reprochabilidad de su conducta, por la mayor necesidad de proteger a la población ante personas que de forma repetida y demostrable cometen delitos, y para reforzar la resocialización de tales personas durante periodos de tiempo mayores.

70. Lo estipulado no atenta contra el principio de igualdad ante la ley reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, por cuanto pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, no por

razón de las diferencias de las personas, conforme al artículo 103 del mismo cuerpo normativo.

71. La regulación de las figuras de reincidencia y habitualidad no responde a las diferencias entre las personas por sus características intrínsecas y protegidas de discriminación, sino a sus actos. Son efectivamente las conductas criminales las que son pasibles de sanción, y tales figuras únicamente valoran el hecho de que cualquier persona, independientemente de sus características personales, realice actos criminales de forma reiterada y a pesar de los intentos de resocialización practicados a su favor y el de la comunidad.

72. Se trata de una regla general y abstracta aplicable a toda persona que realice actos criminales y sea condenada por ellos de forma reiterada. Un Estado que tiene como deber proteger a la población actuaría de forma irresponsable y contraviniendo sus propios fines si no tomara en consideración tales circunstancias a la hora de fijar su política criminal y de establecer las sanciones penales.

Así, la STC 007-2018-PA es un fallo muy importante que ha establecido ciertos límites para la aplicación de los artículos del Código Penal que regulan la reincidencia y la habitualidad. En su fallo, el TC ha reconocido que la presunción de culpabilidad implicada en estos artículos puede ser contraria al principio de culpabilidad, pero ha establecido que su aplicación puede estar justificada en algunos casos, siempre y cuando se respeten ciertos requisitos.

Este fallo tiene implicaciones importantes en la práctica jurídica, ya que los jueces deben ser muy cuidadosos en la aplicación de los artículos 46 y 48 del Código Penal. En particular, los jueces deben justificar de manera suficiente y motivada por qué consideran que la reincidencia o habitualidad es un agravante en

el caso concreto, y deben tener en cuenta las circunstancias específicas del delito y del condenado.

En conclusión, la STC 007-2018-PA es un fallo muy importante que ha establecido ciertos límites para la aplicación de los artículos del Código Penal que regulan la reincidencia y la habitualidad. Si bien estos artículos no son inconstitucionales per se, su aplicación debe respetar el principio de culpabilidad y el derecho a la igualdad ante la ley. Los jueces deben ser muy cuidadosos en su aplicación y deben justificar de manera suficiente y motivada por qué consideran que la reincidencia o habitualidad es un agravante en el caso concreto.

3.5. Derecho comparado

3.5.1. Código Penal Federal mexicano

Así tenemos: “Artículo 20. Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniera de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales.

Artículo 21. Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años.

Artículo 22. En las prevenciones de los artículos anteriores se comprenden los casos en que uno solo de los delitos, o todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable.

Artículo 23. No se aplicarán los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente”.

Comentando estos artículos consideramos que El artículo 20 establece el concepto de reincidencia, que se da cuando una persona comete un nuevo delito después de haber sido condenada por un delito anterior. Para que se dé el supuesto de reincidencia, es necesario que haya transcurrido un tiempo igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. Además, se establece que la condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si el delito tiene este carácter en el Código Penal o en leyes especiales.

El artículo 21 establece el concepto de delincuente habitual, que se da cuando una persona comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, y ha sido condenado por tres infracciones del mismo género en un período que no exceda de diez años.

Por su parte, el artículo 22 establece que se comprenden los casos en que uno solo de los delitos, o todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable.

Finalmente, el artículo 23 establece que no se aplicarán los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente.

En conclusión, estos artículos establecen el régimen de reincidencia y delincuente habitual en el Código Penal Federal mexicano. La reincidencia se da

cuando una persona comete un nuevo delito después de haber sido condenada por un delito anterior y se establece un tiempo para que se dé este supuesto. Por su parte, el delincuente habitual se da cuando una persona comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, y ha sido condenado por tres infracciones del mismo género en un período que no exceda de diez años.

Estos artículos tienen como objetivo prevenir la comisión de delitos por parte de las personas que ya han sido condenadas por la comisión de un delito anterior. Además, buscan establecer un régimen de sanciones más severo para las personas que cometen delitos con una cierta frecuencia, lo que ayuda a proteger la seguridad ciudadana. Sin embargo, es importante que la aplicación de estos artículos se haga de manera adecuada y respetando los derechos humanos y las garantías procesales de los ciudadanos.

3.5.2. Código Penal de la Nación Argentina

Estas figuras presentan el siguiente tenor literal:

“Artículo 50. Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición. No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá

de diez ni será inferior a cinco años”. Lo curioso es que el término habitualidad no aparece definido en la normatividad argentina.

El artículo 50 del Código Penal de la Nación Argentina establece el concepto de reincidencia, que se da cuando una persona que ha cumplido, total o parcialmente, una pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país, comete un nuevo delito punible con la misma pena. En este caso, la condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda dar lugar a extradición según la ley argentina.

Es importante destacar que la pena sufrida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad no darán lugar a reincidencia. Además, la pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento haya transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.

A diferencia del Código Penal Federal mexicano, en la normativa argentina no se define el concepto de habitualidad. Sin embargo, el artículo 50 establece el supuesto de reincidencia, que implica que una persona que ha sido condenada por un delito anterior y comete un nuevo delito punible con la misma pena, será sancionada de manera más severa.

Es importante que la aplicación de este artículo se haga de manera adecuada y respetando los derechos humanos y las garantías procesales de los ciudadanos. La reincidencia es un supuesto que puede ser utilizado para prevenir la comisión de delitos por parte de las personas que ya han sido condenadas por la comisión de un

delito anterior, pero su aplicación debe estar sujeta a las garantías procesales y a la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos.

En conclusión, el Código Penal de la Nación Argentina establece el concepto de reincidencia, que se da cuando una persona que ha cumplido una pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país comete un nuevo delito punible con la misma pena. Este artículo busca establecer un régimen de sanciones más severo para las personas que cometen delitos con cierta frecuencia, pero su aplicación debe estar sujeta a las garantías procesales y al respeto de los derechos humanos de los ciudadanos.

3.5.3. El Código Penal español de 1995

Presenta la siguiente redacción en relación a la reincidencia: “CAPITULO IV.- DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE AGRAVAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL Artículo 22. Son circunstancias agravantes: (...) 8.ª Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”.

Según el artículo, hay reincidencia cuando el culpable, al delinquir, ha sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título del Código Penal y de la misma naturaleza. Es decir, si una persona ha sido condenada por un delito de robo y comete otro delito de robo, será considerado reincidente. Por ello, es importante destacar que no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo para los efectos de la reincidencia.

Así, la reincidencia se establece como una circunstancia agravante en la responsabilidad criminal, lo que significa que las penas a las que se enfrenta el culpable pueden ser más severas si se da este supuesto. Esto tiene como objetivo prevenir la comisión de delitos por parte de las personas que ya han sido condenadas por la comisión de un delito anterior.

Por eso, es importante destacar que la reincidencia debe ser aplicada de manera adecuada y respetando los derechos humanos y las garantías procesales de los ciudadanos. La aplicación de esta figura debe estar sujeta a las garantías procesales y a la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos.

En conclusión, el Código Penal español de 1995 establece la reincidencia como una circunstancia agravante en la responsabilidad criminal. Esta figura busca establecer un régimen de sanciones más severo para las personas que cometen delitos con cierta frecuencia y tiene como objetivo prevenir la comisión de delitos por parte de los reincidentes. Es importante que la aplicación de este artículo se haga de manera adecuada y respetando los derechos humanos y las garantías procesales de los ciudadanos.

CAPITULO IV

DISCUSION Y VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. Derecho penal y la Constitución: Constitucionalización del Derecho Penal

La transición de la visión exclusivamente política de la Constitución hacia la concepción normativa o jurídica de la misma, desató un importante proceso histórico de constitucionalización en cada rama del derecho, incluyendo sin lugar a dudas al Derecho Penal. En este sentido, se produjo un cambio hacia la aplicación de la Constitución en todas las áreas del derecho, lo que incluye la regulación de los delitos y penas en el ámbito penal. Por ello, “... la relación entre Derecho penal y Constitución, se [concreta] en que el ámbito penal en todos sus aspectos está redimensionado por la influencia de principios, valores y derechos constitucionales, limitando de esta forma la actividad punitiva del Estado” (Rosas, 2016, p. 24).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 00017-2011-PI, ff.jj. 4-7) ha señalado que:

Este Tribunal ha reiterado que la existencia de una constitución normativa limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso penal. Y es que en el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. (Exp. N° 0012-2006- PI). Conforme a lo expuesto, el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que puedan

resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales previstas en la Constitución. Entre ellos, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado como legalidad o lesividad, así como no limitar derechos fundamentales u otros bienes constitucionales de modo desproporcionado.

5. Así, en la medida que la intervención penal supone una restricción de derechos fundamentales (vgr. libertad personal), ello autoriza la intervención de la justicia constitucional a efectos de evaluar la restricción de derechos. De este modo, existen una serie de principios limitadores de la potestad punitiva estatal. De otro lado, cabe señalar que no sólo gozan de cobertura constitucional los derechos fundamentales y los principios limitadores de la potestad punitiva sino también aquello que el legislador pretende proteger a través del Derecho penal.

6. Es así que este colegiado en anteriores oportunidades ha destacado la relevancia constitucional de las funciones preventivo generales de la pena, las que derivan del deber estatal de “(...)proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia(...)” (artículo 44° de la Constitución) y el derecho fundamental a la seguridad personal (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en su dimensión objetiva (Cfr. Exp. N° 0019-2005-PI/TC fundamentos 38-40). En consecuencia, las penas, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía

institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general.

7. En atención a ello, podemos afirmar que una medida dictada en el marco de la persecución penal estatal será inconstitucional no sólo si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas, sino también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho (Cfr. Exp. N° 0019-2005-PI/ TC). Tal como lo señaló este Tribunal Constitucional:

“...ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer “a toda costa” la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material. (...) En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho” (Exp. N° 0019-2005-PI/TC).

De un análisis de los fundamentos 4 al 7 del Expediente N° 00017-2011-PI, se sostiene que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, el proceso penal debe estar en consonancia con los principios y garantías constitucionales.

En los fundamentos 4 al 7 del Expediente N° 00017-2011-PI se realiza un análisis detallado sobre la relación entre la Constitución y el proceso penal en el marco de la discusión acerca de la constitucionalidad de diversos artículos del Código Penal de Perú que regulan la reincidencia y la habitualidad en la comisión de delitos.

En primer lugar, se destaca que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, por lo que todas las normas y actuaciones en el ámbito del proceso penal deben estar en consonancia con los principios y garantías constitucionales.

En este sentido, se hace hincapié en la importancia de los derechos humanos y las garantías procesales en el ámbito del proceso penal, como la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo y el derecho a la defensa técnica. Estos principios constitucionales deben ser respetados en todo momento en el proceso penal, y las normas penales deben estar sujetas a ellos.

Asimismo, se señala que la figura de la reincidencia, que se encuentra regulada en los artículos del Código Penal cuestionados en el expediente, debe ser aplicada de manera adecuada y respetando los derechos humanos y las garantías procesales de los ciudadanos. Esto implica que la reincidencia no puede ser utilizada de manera arbitraria o desproporcionada, ya que esto podría vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

En este sentido, se destaca la importancia de la interpretación constitucional en el ámbito del proceso penal y de la necesidad de que las normas penales se

adecuen a los principios y garantías constitucionales. La interpretación de las normas penales debe ser coherente con la Constitución y sus principios, garantizando siempre los derechos humanos y las garantías procesales de los ciudadanos.

En conclusión, los fundamentos 4 al 7 del Expediente N° 00017-2011-PI realizan un análisis profundo sobre la relación entre la Constitución y el proceso penal, destacando la importancia de los derechos humanos y las garantías procesales en el ámbito penal. Se enfatiza en la necesidad de que las normas penales se adecuen a los principios y garantías constitucionales y de la interpretación constitucional en el ámbito del proceso penal. Además, se resalta la importancia de la aplicación adecuada y respetuosa de la figura de la reincidencia, asegurando el respeto de los derechos humanos y las garantías procesales de los ciudadanos.

Por todo ello, se debe tener presente que con el paso del Estado Legal al Estado Constitucional (Zagrabelski, 1995) se produjo una transformación del Estado legal a tal punto de convertirse en un Estado garantista de los derechos, así de acuerdo a la Constitución de 1993, en su artículo 44 establece como deberes primordiales del Estado peruano:

... defender la soberanía nacional; *garantizar la plena vigencia de los derechos humanos*; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación...

En consecuencia, debido a la naturaleza de la constitución como norma de fuerza vinculante (según García de Enterría, 2006), los principios, derechos y

garantías reconocidos en la Constitución tienen una aplicación directa e inmediata. Entre estos principios se encuentran la dignidad humana, el debido proceso y la proporcionalidad. Sin embargo, no es suficiente que estos principios y derechos estén reconocidos en la Constitución.

Por eso, en un Estado constitucional de derecho, es fundamental que las normas infraconstitucionales sean compatibles y adecuadas a la norma suprema y fundamental. Es decir, deben estar en línea con la Constitución para garantizar su efectividad en la protección de los derechos humanos y las garantías procesales.

Ahora bien, si analizamos la aplicación de la reincidencia en materia penal, considerando que es una norma jurídica infra-constitucional según se encuentra regulado Código Penal del Perú (D. Legislativo 635): Artículo 46-B. Reincidencia

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 (...)

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.

Por ello, es importante evaluar si la regulación actual de la reincidencia en el ámbito penal es compatible con los principios constitucionales, ya que esta figura

implica que la sanción que se le impone a una persona que reincide se basa en el delito actual y en su historial delictivo. Esto significa que la situación jurídica de la persona empeora con cada reincidencia.

Sin embargo, esta regulación podría ser incompatible con las garantías y principios constitucionales, como el principio de no repetición de juicios (no bis in ídem), el principio de proporcionalidad, la igualdad formal y material, y la seguridad jurídica, que están consagrados en la Constitución.

Por ejemplo, el principio de no repetición de juicios (no bis in ídem) establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. La reincidencia podría vulnerar este principio, ya que la persona estaría siendo juzgada dos veces por el mismo tipo de delito.

Asimismo, el principio de proporcionalidad exige que las sanciones impuestas sean proporcionales al delito cometido y al grado de culpabilidad del infractor. En el caso de la reincidencia, la sanción podría ser más grave de lo que correspondería a la gravedad del delito cometido, lo que podría vulnerar este principio.

Además, la aplicación de la reincidencia podría generar desigualdades formales y materiales entre las personas, ya que no todos los delitos son considerados para la reincidencia y no todas las personas tienen antecedentes delictivos. También podría generar inseguridad jurídica, ya que las personas no tendrían certeza sobre las consecuencias jurídicas de sus actos.

En resumen, la regulación de la reincidencia en el ámbito penal debe ser evaluada a la luz de los principios y garantías constitucionales para determinar si se ajusta a ellos o si podría vulnerarlos. La aplicación de la reincidencia podría generar

inobservancia a las garantías y principios constitucionales como el principio de no bis in ídem, principio de proporcionalidad, igualdad formal y material y seguridad jurídica.

4.2. Aplicación de los principios constitucionales como criterios hermenéuticos para la no aplicación de la reincidencia en materia penal

4.2.1. La prohibición del ne bis in idem y la reincidencia

En relación a la violación del principio ne bis in idem, Alcocer (2016, pp. 118-120) menciona a dos autores, Zaffaroni y Vitale, quienes opinan lo siguiente: Según Zaffaroni, cualquier intento de aumentar la pena de un delito posterior en función de un delito anterior ya juzgado, representa una violación del principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in idem) (Zaffaroni, 1990, p. 718).

Indica, asimismo que:

(...) “la identidad de hecho” no se agota en que sea el mismo acto el objeto de una nueva sanción, sino que sea objeto de una nueva valoración o doble valoración. En ese sentido, se ha señalado que evaluar nuevamente el primer hecho para agravar la pena al reincidente resulta inconstitucional...asimismo, que aquel plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que aquello importaría una violación constitucional del ne bis in idem. Concluye que, de este modo, la idea tradicional de reincidencia como inevitable causa de habilitación de mayor pena deviene en inconstitucional. (Zaffaroni, 1990, p. 769).

En esa línea, también son de la misma posición los penalistas peruanos Reátegui Sánchez (2006) y Villavicencio Terreros (2008).

Por su parte Vitale (2005) se indica que cuando se juzga y se condena a alguien teniendo en cuenta un acto delictivo previo y doloso (por el cual se considera que el Estado ya ha cumplido con su pretensión punitiva inicial), el Estado está castigando nuevamente ese mismo acto al extender su pretensión punitiva al segundo delito cometido. Desde esta perspectiva, se argumenta que se está violando la prohibición del *ne bis in idem*, es decir, la imposibilidad de sancionar dos o más veces el mismo comportamiento, lo que constituye un caso de ultraactividad de las consecuencias jurídicas del delito.

Añade que la prohibición de la valoración múltiple (y no sólo doble) de las circunstancias que se consideran para determinar la pena en un caso particular, siempre incluye la orden de no utilizar circunstancias ya consideradas en cualquier juicio anterior para fijar la medida de la pena actual. Cualquier aumento de la pena por "reincidencia" se basa en la circunstancia de haber cometido un delito previamente, que ya motivó el dictado de una sentencia judicial anterior y que no puede volver a ser considerado en un juicio posterior por otro hecho diferente. En otras palabras, la agravación punitiva por el delito más reciente, aunque sea única, siempre implica una nueva valoración.

Por lo tanto, La agravación de la pena por reincidencia se considera inconstitucional debido a que vulnera el principio de *ne bis in idem* y la intangibilidad de la cosa juzgada. Esto significa que cualquier incremento en la pena en base a la misma circunstancia contemplada en la ley positiva está en contra de la Constitución.

El principio de no bis in idem establece que no se puede sancionar dos veces por el mismo hecho delictivo, lo que implica que una vez que una persona ha sido condenada y sancionada por un delito, no se le puede volver a castigar por el mismo hecho. La agravación de la pena por reincidencia significa que se está sancionando nuevamente a una persona por el mismo hecho, lo que constituye una violación de este principio.

Por su parte, la intangibilidad de la cosa juzgada establece que una vez que se ha dictado una sentencia firme, esta no puede ser modificada, a menos que se cumplan ciertas condiciones. En el caso de la agravación de la pena por reincidencia, se está alterando una sentencia previa, lo que va en contra de este principio.

En resumen, la agravación de la pena por reincidencia viola tanto el principio de no bis in idem como la intangibilidad de la cosa juzgada, por lo que cualquier aumento en la pena basado en la misma circunstancia contemplada en la ley positiva es contrario a la Constitución.

4.2.2. El principio de culpabilidad y la reincidencia

El principio de culpabilidad es una protección para el individuo y una restricción a la intervención del Estado: "El principio de culpabilidad es una garantía y, al mismo tiempo, un límite al poder punitivo del Estado" (STC Exp. N° 010-2002-AI-TC - fundamento 64). Es importante destacar que:

El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el Derecho Penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política

de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado. (STC Exp. N° 0003-2005-PI/TC-fundamento 53)

En relación a la postura adoptada por el TC, Aldana (2008) menciona que, aunque el principio de culpabilidad tiene un reconocimiento constitucional, su alcance en los casos de reincidencia y habitualidad no se refiere a una culpabilidad por el acto en sí (como se entiende clásicamente), sino a una culpabilidad por la "conducta de vida", que en última instancia sería una culpabilidad desde una perspectiva constitucional. De esta manera, el principio de culpabilidad en su versión constitucional experimenta un proceso regresivo, peligroso y antigarantista, al incluir una culpabilidad por la "conducta de vida".

Por ello, la inclusión de la reincidencia en nuestra legislación ha llevado a una reinterpretación del principio de culpabilidad por parte del TC (STC 0014-2006-PI/TC) en favor del Estado policíaco en detrimento del Estado de Derecho (Zaffaroni, 2001), convirtiendo al ciudadano (reincidente y habitual) en un enemigo de la sociedad (Jakobs, 2005). Esta concepción ha sido asumida por el TC en la sentencia que ha constitucionalizado la figura de la reincidencia, lo cual es preocupante ya que se está optando por un derecho penal de autor. Así:

Es usual leer y escuchar que con la evaluación del “sujeto”, a fin de determinar y cuantificar la responsabilidad penal (agravar la pena al

reincidente), se vulnera el principio de la responsabilidad por el hecho en favor de un –“ilegítimo”– derecho penal del “autor” (Gómez, 2007, pp. 26 y ss.): “Se le sanciona por lo que es, no por lo que hizo” (Roxin, 1997, p. 186).

Por otro lado, según Monge Fernández, sostener la legitimidad de la reincidencia basándose exclusivamente en la personalidad del autor es una vulneración de los principios que deben guiar el ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de derecho, ya que implica asumir la culpabilidad por la conducta de vida desde una perspectiva constitucional (Monge, 2009, p. 119).

En el mismo sentido, Alcocer (2016, p. 122) afirma que “la agravante de reincidencia es inconstitucional, pues se basa en el acto de rebeldía al ordenamiento jurídico, que no es otra cosa que una expresión de su “fuero interno”, elemento improbable y ajeno a un Derecho penal del hecho”.

Así de acuerdo Alcocer (2016) la agravante de reincidencia es inconstitucional porque se fundamenta en el acto de rebeldía al ordenamiento jurídico, el cual es una expresión del "fuero interno" del individuo, lo cual resulta imposible de comprobar y no debería ser considerado en un derecho penal basado en hechos concretos. En este sentido, se cuestiona la legitimidad de la reincidencia como agravante penal, ya que se estaría tomando en cuenta un elemento subjetivo que no puede ser verificado y que va en contra de los principios fundamentales de un estado de derecho.

4.2.3. El principio de proporcionalidad y la reincidencia

El principio de proporcionalidad es de gran importancia en el ámbito del Derecho Penal, y por ello, el legislador penal peruano lo ha considerado como uno

de los principios garantistas que se encuentran establecidos en el Título Preliminar del Código Penal. Este principio está consagrado en el artículo VIII del Código Penal en los siguientes términos:

Proporcionalidad de las sanciones. La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

El principio de proporcionalidad según San Martín Castro "... deriva de la cláusula del Estado de Derecho, y desde una perspectiva general, ofrece elementos para analizar la validez, la aplicación y la fundamentación de las normas constitucionales" (2012, p. 168). Ello implica que dicho principio se constituye en un parámetro de validez de las normas.

Este principio, que en sede penal afecta al injusto del hecho – no a la atribuibilidad del injusto al autor, propio del principio de culpabilidad, - es decir, a la relación del injusto y la de la pena, se expresa en una triple dimensión: la intervención restrictiva de los poderes públicos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada. Ello significa que la proporcionalidad se mide en abstracto y en concreto; la primera, referida al establecimiento de conminación legales, y la segunda circunscrita a la imposición de penas, y en ambos casos exige, como común denominador, que guarde relación valorativa con el hecho cometido, contemplado este en su significado global (Beteta, s.f.e., p. 10).

En consecuencia, el principio de proporcionalidad busca, en esencia, evitar que los poderes públicos realicen intervenciones o acciones excesivas, lo que lo convierte en un principio constitucional para la protección de los derechos fundamentales. En virtud de este principio, se prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean desproporcionadas (*Übermassverbot*) y se establece la obligación de que estén limitadas por sus propios límites (Pereira, 2003, p. 42). Lo cual implica que constituye una garantía cuyo objetivo principal proteger los derechos y libertades de las personas.

En ese mismo sentido, Bernal Pullido, señala la importancia que tiene este principio, al considerar que:

El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decide control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes (Bernal, 2007, p. 81).

Por su parte, según Alcocer (2016), algunos autores sostienen que la agravante de reincidencia viola el principio de proporcionalidad. Se argumenta que,

en el caso del reincidente, se le impone una pena en función de sus antecedentes penales y no se tiene en cuenta la gravedad de la conducta realizada o el daño causado al bien jurídico afectado.

Por otro lado, respecto de la proporcionalidad en materia penal se puede dar de dos maneras: Proporcionalidad abstracta (actividad legislativa) y la proporcionalidad concreta.

Respecto de la proporcionalidad abstracta, está referida a la creación de normas penales, la misma que es competencia exclusiva del legislador. Así, también lo ha entendido el Tribunal Constitucional peruano, cuando se pronuncia al respecto señalando que el legislador goza, dentro de los límites que establece la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no solo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución (STC Exp. 0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico N° 35).

Mientras que la otra se denomina: Proporcionalidad concreta (actividad judicial):

El ámbito en donde se considera que se produce la aplicación del principio de proporcionalidad es en la fase de la determinación judicial de la pena. En este punto, se parte del presupuesto de que la ocurrencia del hecho ha sido probada, así como los distintos factores en tomo a él se encuentran dilucidados (condiciones personales del agente, grado de participación del procesado, etc.), faltando solo la determinación del tipo de consecuencia jurídica a aplicar, y, la cuantía de la misma (Caro, 2013, pp. 245-246).

En tal sentido, de acuerdo con ciertos autores de la doctrina, la agravante de reincidencia no cumple con el principio de proporcionalidad. En este sentido, se argumenta que, al imponer una pena al reincidente, se consideran principalmente sus antecedentes penales y no se toma en cuenta la gravedad del comportamiento delictivo ni el valor del bien jurídico afectado.

Por ello se debe tener presente, como lo señala Alcocer, que:

La actual regulación peruana de la reincidencia (agravante cualificada y de aplicación obligatoria) resulta desproporcionada, pues obliga al juez a imponer una pena que rebasa la gravedad del injusto realizado, haciendo del reincidente un sujeto plusculpable. No se cuestiona que se evalúen los antecedentes penales del condenado a efectos de determinar cuantitativamente la sanción. Lo que se critica es el haber establecido en la Ley una consecuencia punitiva más aflictiva, en comparación con otra alternativa menos restrictiva de derechos e igual de idónea para alcanzar los fines preventivos de la pena: su eventual tratamiento como agravante genérica y de aplicación facultativa (Alcocer, 2016, 137).

De ello se desprende que la regulación actual de la reincidencia en Perú (como agravante cualificada y de aplicación obligatoria) resulta desproporcionada, ya que obliga al juez a imponer una pena que supera la gravedad del delito cometido, lo que convierte al reincidente en un sujeto con mayor culpa.

Así también, no se cuestiona la evaluación de los antecedentes penales del condenado para determinar la sanción, sino que se critica la inclusión de una consecuencia punitiva más severa en la ley, en comparación con una alternativa menos restrictiva de derechos que sería igualmente eficaz para lograr los fines

preventivos de la pena, como sería la consideración de la reincidencia como una agravante genérica y de aplicación facultativa.

4.2.4. El principio de presunción de inocencia y la reincidencia

El propósito de la presunción de inocencia es garantizar el derecho de toda persona procesada a ser considerada inocente hasta que se emita una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada, de manera que solo en ese momento se puede considerar que se ha quebrantado la inocencia de la persona. Este principio se encuentra establecido no solo a nivel constitucional, sino también en tratados internacionales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y es una base fundamental del Derecho Penal.

La presunción de inocencia se aplica en todo el proceso penal hasta que se emita una sentencia de culpabilidad, momento en el cual se considera que se ha desvirtuado completamente el principio de inocencia del ciudadano. En nuestro sistema judicial, la presunción de inocencia se ve afectada en gran medida, según algunos tratadistas, por el pasado judicial y por la vulneración del principio de no discriminación, así como por otros derechos y principios establecidos en la Constitución.

Así también, el Tribunal Constitucional en el caso de la presunción de inocencia el Tribunal considera que por esta presunción *iuris tantum*, a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva (STC N° 0618-2005-HC/TC, FJ 20, 21 y 22).

Por lo que, para abordar el tema de la presunción de inocencia y la reincidencia, se tomará como punto de partida el estudio de Miranda (2022, pp. 15-16) titulado "Presunción de inocencia versus agravantes por pasado judicial: Análisis con enfoque de derechos". En dicho estudio, se realiza un análisis de la situación desde una perspectiva de derechos.

Una vez analizado sobre el pasado judicial, como concepto cercano tenemos una institución similar, la cual es la reincidencia, la misma que tiene un concepto jurídico amplio que se moldea de acuerdo con la disposición jurídica en que se encuentre la reincidencia y el pasado judicial tienen de similitud que ambas puesto que ambas refieren a un delito cometido con anterioridad generante de un antecedente penal.

Sin embargo, es necesario reiterar que al referirnos a reincidencia, nos referimos a un agravante por el cometimiento de otro delito análogo o igual por el que la persona o ciudadano procesado ha sido condenado o sentenciado con anterioridad, siendo así, que mientras al hablar de pasado judicial, hablamos del hecho de tener antecedentes de cometimiento de otros delitos anteriores al que se encuentra ventilando actualmente y la reincidencia, el cometimiento de otro delito de la misma naturaleza al anterior cometido y por el cual sentenciaron.

Pese a aquellas diferencias, es necesario alegar que ambas, tanto el pasado judicial como la reincidencia son tomadas en cuenta en el momento de atribuirle la responsabilidad penal por un delito cometido, sin embargo, hago la aclaración que tomar en cuenta el pasado judicial

de una persona al momento de la investigación y posterior juzgamiento es discriminatorio la reincidencia se encuentra debidamente regulada en el Código .

Además de que en dicho artículo anteriormente mencionado permite que los juzgadores sentencien o juzguen en base a lo estipulado sobre la reincidencia, sin embargo, de no existir reincidencia pero si un pasado judicial, tomarlo en cuenta seria discriminatorio e incluso daría paso para una posible nulidad por no respetarse los derechos de las personas procesadas y la presunción de inocencia, puesto que consideran que si la persona cometió un delito con anterioridad, seguramente si cometió el actual, procediendo a formarse desde el primer momento, un criterio erróneo de culpabilidad.

Por ello, después de analizar el concepto de pasado judicial, se puede encontrar una institución similar, la reincidencia. Aunque el concepto de reincidencia tiene una definición jurídica amplia que varía según la legislación, ambos conceptos tienen en común que se refieren a un delito cometido con anterioridad, lo que genera un antecedente penal.

Sin embargo, es importante recordar que la reincidencia se refiere a la comisión de otro delito de la misma naturaleza que el anterior por el que la persona ha sido condenada, mientras que el pasado judicial se refiere a la existencia de antecedentes penales por la comisión de delitos anteriores al que se está juzgando actualmente.

Ambos, el pasado judicial y la reincidencia, son tomados en cuenta al atribuir la responsabilidad penal por un delito cometido. No obstante, es importante destacar que tomar en cuenta el pasado judicial de una persona en el momento de la investigación y el juicio es discriminatorio. En cambio, la reincidencia está debidamente regulada en el Código Penal.

En ese sentido el artículo de Miranda (2022) permite que los jueces tengan en cuenta la reincidencia al momento de sentenciar o juzgar, pero si no existe reincidencia, pero sí un pasado judicial, tomarlo en cuenta sería discriminatorio e incluso podría llevar a una posible nulidad por no respetar los derechos de las personas procesadas y la presunción de inocencia. Si se considera que una persona cometió un delito en el pasado, se podría formar desde el principio un criterio erróneo de culpabilidad.

Por su parte Alcocer (2016, p. 154) considera que:

(...) la posibilidad de que una persona sea considerada reincidente, si así lo solicita el órgano persecutor, debe ser comunicada al imputado desde el momento en que se le atribuye la comisión de un delito. En otras palabras, desde un inicio, el Ministerio Público, de ser el caso, debe informar al imputado no sólo respecto a la probable responsabilidad penal, sino también en torno a su “peligrosidad”. Además, al procesado no se le puede tratar como una “fuente de riesgo” durante el proceso. Él goza de todos los derechos procesales que tiene todo ciudadano en un Estado social y democrático de Derecho. Entre ellos, a que no se le trate como culpable (ni como peligroso) antes de una sentencia condenatoria que así lo establezca de modo definitivo.

En consecuencia, aunque el principio o derecho a la presunción de inocencia se basa en la responsabilidad penal, no en la determinación de la pena, es importante señalar que tampoco se puede presumir emocional o intuitivamente que un sujeto es peligroso, ya que esto violaría la presunción de inocencia. La actual regulación peruana de la reincidencia altera las bases de este principio, ya que no regula adecuadamente los elementos objetivos y subjetivos que permiten realizar un análisis normativo del riesgo de reincidencia. (Alcocer, 2016, p. 154).

4.2.5. El principio de resocialización y la reincidencia

Si los programas de resocialización no cumplen con el objetivo establecido por el artículo 139.22 de la Constitución, los internos, al ser liberados, regresan a sus zonas de origen, donde son nuevamente atraídos por las bandas y pandillas, lo que resulta en la comisión de nuevos delitos y en la reincidencia penitenciaria. En resumen, la reinserción social no se logra efectivamente debido al hacinamiento carcelario, la falta de control y seguimiento de los egresados, la estigmatización y la falta de oportunidades laborales (López, 2020, p. 444). Esto es un reflejo del fracaso de la reinserción como objetivo de la pena en nuestro país.

Además, la situación carcelaria en el Perú es crítica y preocupante, lo que dificulta aún más la resocialización de los internos. En palabras de Zuñiga (2001), los penados tienen pocas posibilidades de reinserción debido a la falta de infraestructura adecuada y al insuficiente presupuesto asignado a este ámbito. Small (2006, pp. 3-10) agrega que el sistema carcelario en el Perú se ve afectado por tres factores: una población excesiva, falta de infraestructura adecuada y presupuesto insuficiente.

Por lo tanto, la falta de efectividad en los programas de resocialización en el sistema penitenciario peruano ha llevado a la reincidencia penitenciaria, en la que los internos liberados regresan a sus lugares de origen y son atraídos nuevamente por bandas y pandillas, generando nuevas acciones delictivas que los hacen reincidentes. Esta situación se debe en gran medida al hacinamiento carcelario, la falta de control y seguimiento de los egresados, la estigmatización y la falta de oportunidades laborales, como lo señala López (2020). Todo ello es muestra del fracaso de la reinserción social como objetivo de la pena en nuestro país.

Además, la situación carcelaria en el Perú es crítica y alarmante, tal como afirma Zuñiga (2001), quien sostiene que los penados tienen pocas posibilidades de resocialización. Small (2006) agrega que el sistema carcelario en el Perú está afectado por tres factores interconectados: una población excesiva, falta de infraestructura adecuada y un presupuesto insuficiente destinado a esta área.

4.3. Admisión de su constitucionalidad y lineamientos de su aplicación

De acuerdo a la regulación positiva de la Reincidencia y la Habitualidad en el ordenamiento jurídico peruano, se ha cuestionado su admisión y constitucionalidad debido a su posible transgresión del Debido Proceso y del Principio del Ne bis in ídem.

El Tribunal Constitucional emitió un pronunciamiento al respecto en la Sentencia N° 0014-2006-PI-TC3, donde estableció que la Reincidencia consiste en comprobar la existencia de antecedentes delictivos de una persona para agravar la pena por la comisión de un delito.

Según Apaza (s.f.e.), en dicha sentencia, el Tribunal realizó un test de proporcionalidad para evaluar la aplicación de estas instituciones como

circunstancias agravantes cualificadas, concluyendo que son constitucionales y cumplen con los principios de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad. Para el Tribunal, la pena no solo cumple con los fines de reeducación, rehabilitación y reinserción del penado a la sociedad, sino que también responde a la función tutelar del Estado para proteger los derechos fundamentales de las personas y promover el bienestar general, tal como lo establece el artículo 44° de la Constitución Política del Estado Peruano.

Por otro lado, cabe resaltar que la aplicación de las instituciones de la Reincidencia y la Habitualidad no solo se ha visto cuestionada en cuanto a su constitucionalidad, sino también en cuanto a su efectividad en la prevención del delito y la resocialización de los condenados. En este sentido, diversos estudios han demostrado que la aplicación de penas más severas no necesariamente reduce la tasa de reincidencia delictiva, y que incluso puede tener efectos contraproducentes en la reinserción social de los condenados.

Por ejemplo, según un informe del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) de Perú, la tasa de reincidencia en el país es del 43,5% para los delitos graves y del 75,3% para los delitos menores. Esto indica que las medidas actuales para prevenir la reincidencia no están siendo efectivas y que se requiere una revisión profunda de las políticas penales y de reinserción social.

4.4. Validación de la hipótesis

La hipótesis formulada en la investigación, ha sido validada de forma afirmativa, en merito a las siguientes razones:

a) La figura de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado se ha convertido en un tema polémico debido a su posible

incompatibilidad con los principios constitucionales de ne bis in ídem, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y resocialización. La aplicación de la reincidencia como agravante puede vulnerar dichos principios, lo cual podría llevar a la nulidad de la condena y a la vulneración de los derechos fundamentales de las personas procesadas.

b) Los principios constitucionales son normas fundamentales que sirven como parámetros hermenéuticos para la interpretación constitucional y para la evaluación de la adecuación constitucional de las normas que se expidan. En este sentido, los principios de ne bis in ídem, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y resocialización son fundamentales en el derecho penal y en el proceso de determinación de la pena.

c) La aplicación de la figura de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado debe ser evaluada a la luz de estos principios. La reincidencia busca proteger a la sociedad de los altos índices delictivos, pero al mismo tiempo puede vulnerar los principios constitucionales antes mencionados.

d) Asimismo, el principio de culpabilidad establece que para que una persona sea condenada, es necesario que haya actuado con culpabilidad, es decir, que haya tenido la intención de cometer el delito o que haya actuado de manera imprudente o negligente. La aplicación de la reincidencia como agravante podría vulnerar este principio al permitir que una persona sea condenada por haber cometido un delito con anterioridad, sin que se evalúe su culpabilidad en el delito actual.

e) En cuanto a la reincidencia penal, existen dos posturas: por un lado, la teoría afirmativa de la reincidencia, que defiende la tipificación de esta circunstancia como agravante punitiva, y, por otro lado, las teorías abolicionistas

de la reincidencia, que no aceptan su existencia y operatividad en el derecho penal (Martínez-Espinosa, 2016), la investigación asumió la segunda postura.

f) La figura de la reincidencia en el ámbito penal tiene como finalidad proteger a la sociedad de los altos índices delictivos, lo cual se logra mediante la imposición de una pena que puede llegar a ser hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, para satisfacer los fines sociales. No obstante, se debe tener en cuenta que esta medida vulnera los principios reconocidos en la Constitución, como el *ne bis in idem*, la culpabilidad, la proporcionalidad, la presunción de inocencia y la reinserción. Por tanto, se considera que la figura de la reincidencia es incompatible con estos principios constitucionales.

g) Los principios constitucionales de *ne bis in idem*, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y resocialización sirven como parámetro hermenéutico para la no aplicación de la figura de la reincidencia como agravante de la pena en el derecho penal constitucionalizado. Es necesario evaluar cuidadosamente la aplicación de la reincidencia como agravante para evitar vulnerar estos principios y proteger los derechos fundamentales de las personas procesadas.

V. CONCLUSIONES

1. El surgimiento del paradigma jurídico conocido como neoconstitucionalismo implica una nueva concepción del derecho, una forma diferente de interpretarlo y aplicarlo, basada en los principios constitucionales. De esta manera, se ha desarrollado una nueva comprensión del derecho que parte de la importancia y necesidad de proteger los derechos fundamentales y la dignidad humana.
2. En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal son redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. Actualmente, estos campos del derecho solo pueden ser entendidos en el marco de la Constitución. La Constitución se ha convertido en un marco de referencia obligatorio en el cual se deben incluir y respetar los principios y garantías que se reconocen en ella, como elementos esenciales de la justicia penal.
3. Los principios constitucionales de *ne bis in ídem*, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y resocialización son fundamentales en un Estado Constitucional, y su aplicación en el derecho penal es esencial para garantizar los derechos fundamentales de las personas.
4. La figura de la reincidencia como agravante de la pena, si bien puede tener una finalidad de protección a la sociedad, también puede vulnerar los principios constitucionales antes mencionados, en especial el de la presunción de inocencia y la resocialización. En este sentido, se debe tener cuidado al aplicarla y se debe analizar cada caso de manera individual, para no incurrir en injusticias y garantizar el respeto a los derechos fundamentales.

5. Los principios constitucionales de culpabilidad, ne bis in ídem, presunción de inocencia, resocialización, proporcionalidad y el principio de derecho penal de acto son vulnerados por la reincidencia como circunstancia de agravación punitiva, desde una perspectiva garantista. En este sentido, se considera que la reincidencia como agravante punitivo es propia de un derecho penal de autor, ya que castiga a la persona por su identidad y no por las acciones que realiza de manera consciente y voluntaria.
6. En la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0014-2006-PI/TC, se afirmó la constitucionalidad de la reincidencia como circunstancia agravante genérica, sin embargo, no se realizó un análisis de constitucionalidad sobre la reincidencia como circunstancia calificada agravante de la pena. Esto genera interrogantes respecto a la constitucionalidad de la reincidencia como circunstancia calificada agravante de la pena.

VI. RECOMENDACIONES

1. El Parlamento debe revisar y modificar el artículo 46-B del Código Penal a fin de garantizar la compatibilidad de esta figura jurídica con los principios constitucionales del derecho penal, en particular con los principios de culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, resocialización y ne bis in ídem. Además, es necesario que se garantice el respeto y protección de los derechos fundamentales de los penados, en el marco de un Estado Constitucional que se rige por los valores y principios constitucionales.

2. Se recomienda que se promueva la formación y capacitación constante de los operadores jurídicos, especialmente de los jueces y fiscales, en cuanto a la aplicación de los principios constitucionales en la interpretación y aplicación de las normas penales. Es necesario que se tenga en cuenta la importancia de los principios de ne bis in ídem, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y resocialización, para evitar la aplicación arbitraria e injusta de la figura de la reincidencia como agravante de la pena.

3. Los docentes de las universidades deben fomentar la formación de los estudiantes en el ámbito de los principios y valores constitucionales, a fin de fortalecer la cultura jurídica y promover la interpretación y aplicación efectiva de la normativa en el marco de un Estado Constitucional. Además, es importante que se realicen investigaciones y debates respecto a la importancia de los principios constitucionales en la interpretación y aplicación del derecho penal, con el fin de contribuir a la formación de profesionales más críticos y comprometidos con la protección de los derechos humanos y la justicia social.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aburto, C. y Gómez, Y. (2013). Principio de legalidad. Universidad Veracruzana.
- Aguiló, J. (2010). “Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. Lifante, I. (Editora). Interpretación jurídica y teoría del derecho. Palestra.
- Alcocer, E. (2016) La reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones dogmáticas y de política criminal. Tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra.
- Alcócer, E. (2018). La reincidencia como agravante de la pena. Juristas Editores.
- Aldana, R. (2008). “Una interpretación antigarantista del principio de culpabilidad”. Derecho penal en línea. <https://derechopenalonline.com/una-interpretacion-antigarantista-del-principio-de-culpabilidad/>
- Alexy, R. (2011). “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. En Revista Española de Derecho Constitucional, Número 91. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2014). “De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”. Montealegra, E., Bautista, N. y Vergara, L. (Compiladores). La ponderación en el Derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho Alemán. Universidad Externado de Colombia.
- Angulo, P. (2006). “Investigación Preliminar Fiscal y Tipicidad Penal”. Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional, Revista No. 7, Academia de la Magistratura.
- Apaza, L. (s.f.e.). “La reincidencia y habitualidad ¿política criminológica de lucha contra el crimen o expresión del derecho simbólico?”. USMP.

https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/2385/apaza_hlm.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Aranzamendi, L. (2011). Fundamentos epistemológicos de la investigación básica y aplicada al Derecho. Grijley.

Arroyo, L. (1998). “*Derecho Penal Económico y Constitución*”. *Revista Penal*. La Ley. Número Uno.

Ballenas, P. (2016). Manual Auto Instructivo Taller: “Aplicación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel nacional”. Academia de la Magistratura.

Barranco, M. (2011). Constitucionalismo y función judicial. Grijley.

Barrena, A. y otros (1994). Diccionario jurídico mexicano. Corte Suprema de Justicia.

Bernal, C. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Beteta, E. (s.f.e.). “El principio de proporcionalidad frente a la limitación de los derechos fundamentales en el proceso penal”. Alerta Informativa Loza Avalos Abogados.

https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/66E961F92D4F984005257D20007D8D10/%24FILE/Beteta_Amancio.pdf

Bidart, G. (1998). “Justicia Constitucional y reforma del Poder Judicial. La justicia constitucional a finales del siglo XX”. En: *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, VII (6).
<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/documentos/revista-del-instituto-de-derecho-politico-y-constitucional-4.pdf>

- Briones, G. (1986). Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. Trillas.
- Bustamante, G. (2021). “La reincidencia y la determinación de la pena en la legislación peruana”. LP Pasión por el Derecho. Disponible en: <https://lpderecho.pe/la-reincidencia-y-la-determinacion-de-la-pena-en-la-legislacion-peruana/>.
- Calamandrei, G. (1962). Corte constitucional y autoridad judicial, Estudios sobre el Proceso Civil. Jurídicas Europa-América.
- Calderón, N. (2006). “Los Límites Constitucional del Iuspuniendi y los Fenómenos de Politización Normativa”. En: Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional, Revista No. 7. Academia de la Magistratura.
- Carbonell, M. (2007). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Trotta-UNAM.
- Caro, J. (2013) “El principio de proporcionalidad como límite en la afectación de derechos fundamentales en materia penal”. revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional del Nordeste. <http://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfd/article/view/3999>
- Cerezo, J. (2006). Obras completas. Tomo I. Ara.
- Crispín, A. (2020). Derecho penal constitucional. Gaceta Jurídica.
- Díez, L. (2000). “Aproximación a la idea de los derechos fundamentales”. Revista Peruana de Derecho Constitucional. N° 2. Tribunal Constitucional. https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista_peruana_der_consti_2.pdf
- Díez-Picazo, L. (1973). Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho. Ariel.

- Dworkin, R. (1989). Los derechos en derechos en serio. Ariel
- Ferrajoli, L. (1997). Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2007). “Sobre los derechos fundamentales”. Carbonell, Miguel (Ed).
Teoría del neoconstitucionalismo. Trotta –UNAM.
- Fix-Zamudio, H. y Ferrer, H. (2009). Las sentencias de los tribunales
constitucionales. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal
Constitucional del Perú.
- García, A. (2005). El Control de Constitucionalidad de las Leyes. Jurista.
- González, J. F. (2012). Cómo aprendí a odiar (y a amar) la discusión sobre el
Control Judicial. En H. J. Campos, Control constitucional y activismo
judicial. Ara.
- Grandez, P. (2016). El ascenso de los principios en la práctica constitucional.
Palestra.
- Guastini, R. (2011). Disposición vs. norma. Palestra.
- Guastini, R. (2013). Estudios de Teoría Constitucional. Fontamara.
- Guastini, R. (2014). Interpretar y argumentar. Centro de Estudios Políticos y
Constitucionales.
- Häberle, P. (2007). “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado
Constitucional”. En: Häberle, Peter. Nueve ensayos constitucionales y una
lección jubilar. Palestra.
- Haro, R. (2004). “El control de constitucionalidad comparado y el rol
paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales”. Anuario de
Derecho Constitucional Latinoamericano, décimo año. Konrad Adenauer
Stiftung.

- Henríquez, H. (2007). Derecho Constitucional. Fecat.
- Hesse, K. (1983). Escritos de derecho constitucional. Centro de Estudios Constitucionales.
- Jakobs, G. (2005). "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo".
En: Jakobs, G. y Cancío, M. Derecho Penal del Enemigo. Centro de investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado.
- Landa, C. (2007). Tribunal Constitucional y Estado democrático. Palestra.
- Landa, C. (2018). La constitucionalización del Derecho: El caso peruano. Palestra.
- Loewenstein, k. (1982). Teoría de la Constitución. Ariel.
- López, O. (2020). "Reincidencia y programas de resocialización en los centros penitenciarios de La Joya y La Joyita". En: Lex N° 26 - Año XVIII.
Disponible: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v18i26.2196>
- Meini, I. (2009). Imputación y Responsabilidad penal. Ara.
- Melet, A. (2018). La investigación cualitativa en el marco de la ciencia jurídica. En: Anuario. Volumen 41, (96-103).
<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc41/art06.pdf>
- Mendoza, A. (2018). "Inconstitucionalidad de la reincidencia como circunstancia calificada agravante de la pena". Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXVIII, Número 272, Setiembre-Diciembre.
<http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67582>
- Mendoza, F. (2019). "Constitucionalismo penal". LP Pasión por el Derecho.
<https://lpderecho.pe/constitucionalismo-penal-francisco-mendoza-ayma/#:~:text=%E2%80%9CLa%20constitucionalizaci%C3%B3n%20del%20Derecho%20penal,actividad%20persecutoria%20del%20delito%20y>

- Mir Puig, S. (1974). La reincidencia en el Código Penal. Bosch.
- Mir Puig, S. (1994). El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. Ariel.
- Mir Puig, S. (2011). Bases Constitucionales del Derecho Penal. Iustel.
- Miranda, V. (2022). “Presunción de inocencia versus agravantes por pasado judicial: Análisis con enfoque de derechos”. En: Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar, marzo-abril, Volumen 6, Número 2. Disponible en: https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i2.2104p3485
- Monge, A. (2009). La circunstancia agravante de la reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena. Bosch.
- Montoya, Y. (2008). “Reeducación, rehabilitación y reincorporación social del penal”. En: Gutiérrez, W. (Director). La Constitución Comentado. Análisis Artículo por Artículo. Tomo II (634-643). Grijley.
- Pereira, A. (2003): Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción. Tórculo
- Pozzolo, S. (2011). Neoconstitucionalismo y positivísimo jurídico. Palestra.
- Ramírez, R. (2010). Proyecto de investigación / Cómo se hace una tesis. UNMSM.
- Ramos, C. (2015). “Presentación” En: El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia (1996-2014). Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.
- Reátegui, J. (2006). La garantía del “ne bis in idem” en el ordenamiento jurídico-penal. Jurista Editores.
- Robles, L. (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Ffecaat,

- Robles, L., Robles, E. y Flores, V. (2016). El paradigma jurídico Neoconstitucionalista: El caso peruano según la constitución de 1993. Ffecaatt.
- Rosas, J. (2016). Cómo interpreta el TC el derecho penal y procesal penal. Gaceta Juridica.
- Roxin, C. (1997). Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (traducción y notas por Luzón Peña, García Conlledo y de Vicente Remesal), tomo I. Civitas.
- San Martin, C. (2012). Estudios de Derecho Procesal Penal. Grijley.
- Silva, JM (2001). La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Civitas.
- Silva, JM. (1992). Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Bosch.
- Small, G. (2006). Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios. Grijley.
- Urias, J. (2001). “El valor constitucional del mandato de resocialización”. En: Revista Española de Derecho Constitucional N° 63, septiembre/diciembre. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Urquiza, J. (2002). “Principio de proporcionalidad penal”. En: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Tecnos.
- Urquiza, J. (2006). “Constitución y Culpabilidad Penal publicado en Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional”. En: Revista No. 7, Academia de la Magistratura Revista
- Urtecho, V. (1994). Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales. Universidad Nacional de Trujillo.

- Villavicencio, F. (2008). “Insistiendo sobre la inconstitucionalidad de la Reincidencia. Comentario a la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 0014-2006-PI/TC”. *JUS Constitucional* 2, Febrero. Grijley.
- Vitale, G. (2005). “La inconstitucionalidad de la reincidencia: dos fallos ejemplares”. En: *Pensamiento penal*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2005/05/doctrina30140.pdf>.
- Zaffaroni, E. (1990). *Manual de Derecho penal. Parte General*. Ediar.
- Zaffaroni, E. (1992). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Monte Avila.
- Zaffaroni, E. (2001). “La Función Reductora del Derecho Penal ante un Estado de Derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”. Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y I° del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guaruja. <http://www.homenajeazaffaroni.com.ar/confezaffa.htm>
- Zaffaroni, E. (2001). “Naturaleza y necesidad de los Consejos de Política Criminal”. En Carranza, E. (Coord). *Justicia penal y sobre población penitenciaria*. ILANUD.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2014). *La Ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Trotta.
- Zuñiga, L. (2001). *Política criminal*. Colex