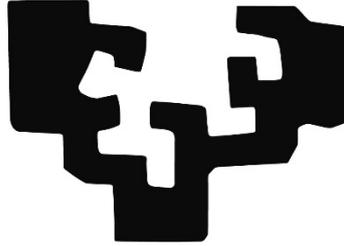


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

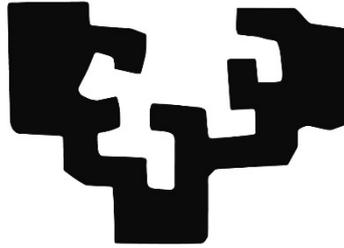
TESIS DOCTORAL

**“Contenido y alcance de la figura de la reincidencia en Derecho Penal:
Uniformización de criterios para establecer la condición de reincidente
en la legislación peruana”**

Doctorando

EDILBERTO MOLINA ESCOBEDO

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

Título: “Contenido y alcance de la figura de la reincidencia en Derecho Penal: Uniformización de criterios para establecer la condición de reincidente en la legislación peruana”

Doctorando: Edilberto Molina Escobedo

Directores: Dra. María Arantza Campos Rubio

Dr. Norberto Javier de la Mata

Programa de Doctorado: La Globalización a Examen: Retos y Respuestas Interdisciplinarias

Donostia, País Vasco

Julio 2023

Dedicatoria:

Debo de señalar mi amor profundo a mi madre, siendo el motivo inspirador para seguir adelante pese a las adversidades.

A mi esposa Mabely, por su incomparable amor.

A mis hijos, a quienes les debo la motivación para dejarles el trabajo de ser buen fiscal, pero sobre todo buena persona.

Agradecimiento:

A mis directores de tesis; Dra. Arantza Campos, quien dio su tiempo, y me brindo fuerzas para este gran objetivo de ser doctor, y al Dr. Norberto J. de la Mata, quien ha dedicado tiempo y dirección para la culminación de la tesis. Sin vuestro apoyo, poco o nada habría podido completar la tesis que hoy presentamos.

Al Dr. Davinson Pino, joven profesional del derecho, y gran profesional en los estrados judiciales, quien me ha acompañado en el presente trabajo.

INDICE

CAPÍTULO I: CUESTIONES PRELIMINARES	9
1. Introducción	9
1.2. Planteamiento del Problema	15
1.2.1. Formulación del Problema	16
1.2.1.1. Problema Principal	16
1.2.1.2. Problemas Específicos	16
1.3. Hipótesis	16
1.3.1. Hipótesis Principal	16
1.3.2. Hipótesis Específicas	16
1.4. Objetivos	17
1.4.1. Objetivo General	17
1.4.2. Objetivos Específicos	17
1.5. Justificación	17
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	19
2.1 Derecho Penal de Acto	19
2.1.1 Principio de acto	25
2.1.2 Importancia del Derecho Penal del acto	27
2.1.3. Imputación subjetiva frente a responsabilidad objetiva	29
2.2 Interpretación de la ley penal (JAVIER VILLA STEIN (CASO PERÚ) Y PERCY GARCÍA CAVERO) CITAR ALGUNA FUENTE ESPAÑOLA, QUE PODRÍA SER SILVA SÁNCHEZ Y OTROS	32
2.2.1 Clases de interpretación de la ley penal	34
2.2.1.1 Según el Intérprete	35
2.2.1.2 Según los medios	36
2.2.1.3 Según los resultados	39
2.2.2 La perspectiva de la interpretación de la ley penal	41
2.2.2.1 La perspectiva fáctica de análisis	42
2.2.3 Necesidad de interpretación	42
2.2.4 Principios	44
2.2.4.1 Proscripción de la analogía	44
2.2.4.2 Principio “in dubio pro reo”	50

2.2.4.3	El principio de intrascendencia o de personalidad de la pena	52
2.2.4.4	El principio de humanidad	53
2.2.5	Integración e interpretación de las leyes penales	55
2.2.6	Reglas que rigen la interpretación	59
2.3.	La pena	63
2.3.1	Características	66
2.3.2	Justificación de la sanción penal	73
2.3.3	Determinación judicial de la pena.....	79
2.3.3.1	Definición.	79
2.3.3.2	Etapas de la determinación judicial de la pena.....	82
2.3.3.3	Clasificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.....	85
2.3.3.4	Índole de las circunstancias.....	86
2.3.3.5	Concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal	89
2.3.3.6	Circunstancias genéricas (art. 46).....	92
2.3.3.7	Supuestos específicos para la determinación de la pena.....	108
2.3.3.8	El Sistema de Tercios En La Determinación Judicial De La Pena.	136
2.4	Teorías de la pena	140
2.4.1	Teorías Absolutas o Redistributivas	142
2.4.1.1	Diversas Formulaciones.....	143
2.4.2	Teorías Relativas o Preventivas	146
2.4.2.1	Prevención General	147
2.4.2.2.	Prevención Especial.....	151
2.4.3	Teorías mixtas o Eclécticas.....	154
2.5	Principio de culpabilidad	156
2.5.1	Definiciones	158
2.5.2	Fundamento.....	158
2.5.3	Alcances	159
2.6	La reincidencia	168
2.6.1	Fundamento doctrinal.....	170
2.6.1.1	La Calificación de reincidencia delictual a partir del tipo de pena de condena anterior.	172
2.6.1.2	Observancia de tipo de pena de condena anterior para la calificación de reincidencia.....	174
2.6.2	En la jurisprudencia.....	176
2.6.3	Aspecto legal: Efectos legales de la reincidencia.....	177

2.6.4 El Criterio Moderno legal de reincidencia	180
2.6.5 Clases de Reincidencia	181
2.6.6 Requisitos de la Reincidencia	183
2.6.7 La reincidencia constituye una calificación adicional.	185
2.6.8 Decisiones acerca de la reincidencia	186
2.6.9 Reincidencia y Reducción de Pena por Confesión Sincera.	186
2.6.10 Reincidencia y Ne Bis in Ídem	187
2.6.11 Reincidencia y principio de culpabilidad.....	188
2.6.12 Prescripción de la Reincidencia	190
2.6.13 Derecho Penal del enemigo y la Reincidencia.....	191
2.6.14 Acuerdo plenario Nro. 01-2008/CJ-116.....	193
2.7 Reincidencia en el Perú	200
2.7.1 Desarrollo en la legislación peruana.....	203
2.8 Reincidencia en España	207
2.8.1 Legislación Española.....	207
2.8.1.1 Concepto	209
2.8.1.2 Requisitos	211
2.8.1.3 Fundamentos de su Agravación	213
2.8.1.4 Toma de Posición, la reincidencia desde los fundamentos	228
2.8.1.5 Tratamiento penal del delincuente reincidente peligroso: ¿Cómo medidas de seguridad o en la ejecución de la pena?.....	235
2.8.1.6 La reforma del Código Penal en materia de reiteración delictiva	249
CAPÍTULO III RESULTADO Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS.....	268
3.1. Resultados del Estudio.....	268
3.2. Análisis De Los Hallazgos A Nivel Legal.	273
3.3. Análisis De La Reincidencia A Nivel Jurisprudencial.	281
3.3.1. Análisis Jurisprudencial De La Reincidencia A Través De La Corte Suprema De Justicia Del Perú.	285
3.4. Análisis De La Posición Doctrinal.	288
3.5. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos	293
CONCLUSIONES.....	299
RECOMENDACIONES	301
Bibliografía.....	302

CAPÍTULO I: CUESTIONES PRELIMINARES

1. Introducción.

España y Perú, siempre han compartido muchos aspectos que van desde lo político, lo social y sobre todo lo jurídico. Para el Perú, siempre ha resultado necesario realizar una interpretación de sus normas en base a la fuente española, los cuales por el idioma nos ayudan mucho a entender instituciones tan complejas como es la teoría del delito y la interpretación de los Derechos Humanos.

En el Perú, todos los que egresamos de las Universidades Nacionales o Particulares, es un anhelo estudiar las instituciones jurídicas, las cuales nos ayudan a aportar en temas jurídicos que muchas veces no son comprendidos en el Perú no solo en el sector académico, sino en el sector judicial. Por ello, nuestra preocupación desde estudiantes, siempre fue determinar cuáles son los requisitos necesarios para poder determinar a una persona como reincidente. Aunque parece un sencillo para algunos, nosotros por la experiencia hemos visto una multiplicidad de interpretaciones los cuales hacen que este instituto jurídico no haya sido tratado de forma debida en el Perú. Es así que, no se puede dejar de ver no solo la historia de la reincidencia en el Perú, sino desde nuestro estudio, se debe analizar la historia de la reincidencia a través de los Códigos Penales Españoles.

En España el Código Penal de 1822 había incorporado por primera vez el término reincidencia, dividiendo dicha figura en dos modalidades:

- 1) La reincidencia propiamente dicha establece en el artículo 116 del Código Penal España de 1822. Dicho presupuesto argumentaba que solo podía ser reincidente, que el que comete un nuevo delito después de habersele condenado con sentencia firme.

- 2) La reiteración de delitos establecida por el artículo 121 del Código Penal Español. Donde a diferencia de la reiteración delictiva cuya aplicación se basaba en la reiteración de delitos que no tengan la misma naturaleza.

Es así, que la reincidencia apareció para endurecer las penas para aquellas personas que reiteradamente cometían delitos, donde algunas veces se les podía imponer el doble de la pena, empero cuanto existía la doble reincidencia, se les podía imponer “cuatro” veces la imposición de la pena. Siendo que, actualmente en el Código Penal Español de 1995 el instituto jurídico de la reincidencia se encuentra regulado en el artículo numeral 8 del artículo 22, donde es considerada como una agravante genérica del tipo penal base del hecho cometido; situación que, desde nuestro punto de vista, en el Código Penal Español no tiene mayor complicación para establecer los supuestos legales para que una persona sea considerada como reincidente.

Sin embargo, nuestra preocupación viene del análisis del Código Penal de 1991 peruano, donde encontramos que, dentro de la exposición de motivos de dicho código penal, se decidió **proscribir las instituciones jurídicas de la reincidencia y habitualidad**, al indicar que en el ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (Derecho Penal de autor). Dichas concepciones que dieron lugar a un nuevo Derecho Penal peruano, los cuales buscaban el respeto por los derechos fundamentales de la persona; sobre todo, el hecho que proscribir cualquier acto que valide por parte del Estado, el Derecho Penal de autor. En consecuencia, el Código Penal Peruano de 1991 propugnaba una superación de la figura del Derecho Penal de autor, eliminando sanciones desproporcionadas, considerando que la persona únicamente debe hacerse responsable por los actos que realiza y que hubieran sido juzgados en su momento; por ende, se empezó a analizar que el individuo debe responde por lo que hace y por lo que ha hecho y ya fue criminalizado previamente como delito, surgiendo por ello el Derecho Penal de acto, donde se juzgan las

conductas realizadas con conciencia y voluntad que previamente están prescritas en la ley, aspectos que constituyen el elemento subjetivo del principio de culpabilidad, que suprimió el principio de responsabilidad objetiva que operó en las épocas primitivas y que tuvo auge en la época moderna con el positivismo (OSSA LOPEZ, 2012).

Sin embargo, después de casi quince años y frente al alarmante crecimiento de la delincuencia, el Estado Peruano mediante la **Ley N° 28726 Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46,48,55,440 y 444 del Código Penal y el artículo 135 del Código Procesal Penal Peruano**” de fecha 09 de mayo del 2006, donde en su aspecto más importante para la presente investigación es que a partir de esa fecha, se incorpora nuevamente en el Perú las instituciones jurídicas de la reincidencia y la habitualidad. Ahora, dicha publicación era contraria a la exposición de motivos del Código Penal de 1991, donde algunos doctrinarios cuestionaron su incorporación, incluso fue motivo de demanda de acción de inconstitucionalidad petitionado por el Colegio de Abogados de Lima, donde el Tribunal Constitucional Peruano en el EXP. N.O OOI4-2006-PI/TC, ha prescrito que la figura de la reincidencia se encuentra debidamente regulada en el ordenamiento jurídico y es compatible con la constitución.

Posterior a su cuestionamiento constitucional, surgió el problema de la aplicación del artículo 46-B del Código Penal en casos concretos, al tener la siguiente redacción:

“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”.

De la redacción inicial, existía el conflicto al no saber si la persona que esté cumpliendo una pena privativa de libertad con carácter suspendida sería considerada como reincidente. Siendo así, la Corte Suprema de Justicia, al verificar dicha problemática sobre los requisitos para ser

considerado como reincidencia, había convocado a un Acuerdo Plenario, donde estuvo de ponente el Juez Supremo Prado Saldarriaga, donde tras un largo debate sobre dicho tema, se acordó mediante el Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116 del 18 de julio del 2008 los siguientes requisitos para ser considerado reincidente (HUMANOS, 2013, pág. 185):

(1) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva.

(2) Los delitos -se excluyen las faltas- antecedente y posterior han de ser dolosos. El delito posterior debe de cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva.

(3) No hace falta que el delito posterior esté en el mismo título del código, o mejor dicho, sea de la misma naturaleza, es decir, que exista identidad o similitud del tipo o la identidad del bien jurídico vulnerado; no hay un elemento relacional entre los dos delitos. Se trata, por consiguiente, de una reincidencia genérica.

(4) El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad -condición básica para calificar de reincidente a un delincuente-, es de cinco años. Para el entendimiento de este último requisito se recurre a la regla del artículo 46° C del Código Penal, que precisa que los hechos punibles se han de perpetrarse "...en un lapso que no exceda de cinco años".

(5) Es una circunstancia personal e incommunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra.

Dicho Acuerdo Plenario 1-2008, establecía de manera clara y precisa, la condición de reincidente de una persona. Empero, el legislador peruano con los constantes avances de la criminalidad, modificó nuevamente el Código Penal, siendo históricamente sus modificatorias mediante las Leyes N° 29407, Ley N° 29507, ley N° 29604, Ley N° 30068, Ley N° 30076 y por último la Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 11 de julio del 2015, prescribe sobre la 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.

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”.

En consecuencia, de la lectura literal del artículo 46-B del Código Penal Peruano, nace una nueva interpretación por la redacción del texto: “*el que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena (...)*”; siendo que el legislador no ha referido a qué clase de pena se refiere a diferencia de la redacción de la ley N° **28726** que prescribía: “*El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad (...)*”; refiriéndose esta última a la pena privativa de libertad, sin embargo de la actual redacción del Código Penal, nace la siguiente pregunta:

1. ¿Cuáles son los requisitos que establece la ley para que una persona sea considerada reincidente?

Nuestra preocupación nace desde la deficiente técnica legislativa peruana que se detecta en la redacción de los supuestos de reincidencia contemplado en el artículo 46-B del Código Penal Peruano, a diferencia Código Penal Español prescribe en su artículo N° 22.8 lo referente a la reincidencia prescribe: “*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*”. Asimismo, se establece que no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Así como que las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español. Sin embargo, si analizamos la redacción actual del artículo 46-B del Código Penal Peruano, indica que: “*el que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena(...)*”; por lo que, el imputado que haya o esté cumpliendo cualquier clase de pena, es decir ya sea una pena privativa de la libertad suspendida, restrictiva de la libertad, limitaciones de derechos o multa, será considerado como reincidente, hecho que ha generado una gran problemática, al no poder conocerse con efectividad, **cuándo cuales son**

los requisitos establecidos por el Código Penal vigente para determinar la condición de reincidente.

1.2. Planteamiento del Problema.

Como mencionamos en la introducción, encontramos la necesidad de interpretar lo prescrito por el artículo 46-B del Código Penal Peruano:

“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 (...).”

Por lo que, el procesado que haya o esté cumpliendo cualquier clase de pena contemplada en el artículo 28 del Código Penal Peruano, es decir ya sea una pena privativa de la libertad, restrictiva de la libertad, limitaciones de derechos o multa, será considerado como reincidente, hecho que ha generado una problemática tal no poder conocerse con efectividad, cuándo se **determina la condición de reincidente, siendo que la norma solo nos remite a que una persona esté cumpliendo una clase de pena, sin considerar por ejemplo: A las personas que vienen cumpliendo reglas de conducta o cuando durante la etapa de ejecución de la pena, viene otro proceso por hechos anteriores.**

Creemos que es importante nuestra problemática, pues los efectos de ser sentenciado como reincidente, afecta no solamente al momento de la imposición de la pena, sino que tiene implicancias en el otorgamiento de los beneficios penitenciarios y hasta la clasificación en un centro penitenciario, por ello, por el principio de seguridad jurídica, es necesario establecer los efectos jurídicos del artículo 46-B del Código Penal Peruano.

1.2.1. Formulación del Problema.

1.2.1.1. Problema Principal.

¿Existe la necesidad de adoptar un criterio único que permita establecer adecuadamente la condición de reincidente en la legislación penal peruana?

1.2.1.2. Problemas Específicos.

¿Existe uniformidad de criterios respecto a la determinación de la condición de reincidente en la ley penal peruana?

¿Existe uniformidad de criterios respecto a la determinación de la condición de reincidente en la jurisprudencia peruana?

¿Existe uniformidad de criterios respecto a la determinación de la condición de reincidente en la doctrina penal peruana?

1.3. Hipótesis.

1.3.1. Hipótesis Principal.

Dado que existe una deficiencia técnica legislativa en la actual redacción del artículo 46-B del Código penal, su unificación de interpretación permitirá establecer adecuadamente la condición de reincidente en la legislación penal peruana.

1.3.2. Hipótesis Específicas.

No existe uniformidad de criterios respecto a la determinación de la condición de reincidente en la ley penal peruana.

No es posible identificar la existencia de uniformidad de criterios respecto a la determinación de la condición de reincidente en la jurisprudencia penal peruana.

No existe uniformidad de criterios respecto a la determinación de la condición de reincidente en la doctrina penal peruana.

1.4. Objetivos.

1.4.1. Objetivo General.

Analizar la existencia de la necesidad de adoptar un criterio único que permita establecer adecuadamente la condición de reincidente en la legislación penal peruana.

1.4.2. Objetivos Específicos.

Establecer si existe uniformidad de criterios respecto a la determinación de la condición de reincidente en la ley penal peruana.

Identificar si existe uniformidad de criterios respecto a la determinación de la condición de reincidente en la jurisprudencia penal peruana.

Determinar si existe uniformidad de criterios respecto a la determinación de la condición de reincidente en la doctrina penal peruana.

1.5. Justificación.

Cuando emprendimos la aventura de analizar el tema de la “reincidencia”, fue al encontrar la problemática en la aplicación del artículo 46-B del Código Penal Peruano en casos concretos. Nuestra labor diaria en la administración

de justicia, hizo que nos preocupemos en un tema muchas veces tratado de manera histórica, pero muy pocas veces abordado desde un aspecto técnico-práctico.

Decimos lo anterior, al ver que cada juez, fiscal, abogado o doctrinario, tiene una distinta interpretación de la redacción actual en el artículo 46-B del Código Penal Peruano, por la deficiencia en la redacción actual de dicho instituto, hace que los criterios jurídicos tengan hasta un matiz regional, puesto que no se establece cuando son los requisitos necesarios para que una persona sea considerada como reincidente como lo establece el numeral 8 del artículo 22 del Código Penal Español.

En consecuencia, solo queda en la presente investigación buscar los diferentes criterios, tanto doctrinarios, jurisprudenciales y legales, para establecer en el capítulo final de la tesis, un único criterio para determinar la condición de reincidente, lo cual generará seguridad jurídica en todo procesado.

Ahora, es claro que en la actualidad nos encontramos con una falta de seguridad jurídica, al existir diversos criterios de interpretación del artículo 46-B del Código Penal Peruano, motivo suficiente que justifica ésta investigación, toda vez que mediante ésta pretendemos brindar una herramienta a los operadores de justicia que les permita aplicar correctamente la figura de la reincidencia, nuestra propuesta de la ley, la jurisprudencia y la doctrina, para que no existe una excesiva punición por parte del Estado.

Finalmente, la presente investigación fijará un antecedente de investigación, dando lugar a nuevas investigaciones más específicas que desarrollen teórica y académicamente las conclusiones del presente estudio.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Derecho Penal de Acto

Antes de ingresar a hablar propiamente de la figura de la reincidencia y sus implicancias, consideramos de suma importancia referirnos al sistema penal actual que rige en el Perú y Sudamérica; es decir, el Derecho Penal de Acto, siendo esta referida netamente a la acción del sujeto, debido a que al causar una accionar este puede ocasionar un resultado lesivo.

ZAFFARONI señala respecto al tema que:

“En sus versiones más puras, el Derecho Penal de acto concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar y, por lo tanto, retribuirle el mal en la medida de la culpabilidad (de la autonomía de voluntad con que actuó). Este discurso no puede legitimar la pena porque ignora por completo la selectividad estructural (inevitable) de la criminalización secundaria, lo que determina que la pena retributiva se convierta en una pena preferentemente dedicada a los torpes, por lo que no se la puede legitimar desde la ética. Sin embargo, al incluir en su planteo la retribución jusprivatista, tiene incuestionables ventajas sobre el anterior. Así, requiere que los conflictos se limiten a los provocados por acciones humanas (*nullum crimen sine conducta*), una estricta delimitación de los mismos en la criminalización primaria (*nullum crimen sine lege*) y la culpabilidad por el acto como límite de la pena (*nullum crimen sine culpa*). En el plano procesal exige un debate de partes ceñido a lo que sea materia de acusación, y de ese modo separa las funciones del acusador, del defensor y del juez (acusatorio). Aunque ninguno de estos principios se

cumple estrictamente, no cabe duda que las agencias jurídicas que los asumen deciden con menor irracionalidad y violencia que el resto” (Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 67).

Compartimos las reflexiones de Zaffaroni, debido a que nos muestra que el Derecho Penal se debe reprochar la conducta del autor que sea contraria a la ley penal, evitando cualquier tipo de subjetividad al momento de establecer la responsabilidad penal. Ahora conviene resaltar que la delimitación entre un comportamiento antijurídico lo establece la ley penal. Ahora ¿la ética determina en el Derecho Penal? El maestro argentino determina que la ética –siendo tan subjetiva- no tiene alcances al Derecho Penal, por ello lo único que determina que, si una persona es delincuente o no, será la ley penal vigente al momento de la comisión de los hechos, es decir, el principio de *tempus delicti commissi*.

Continúa ZAFFARONI indicando que:

“Pero el Derecho Penal de acto debe reconocer que no hay caracteres ónticos que diferencien los conflictos criminalizados de los que se resuelven por otras vías o no se resuelven por otras vías o no se resuelven (pdp), sino que éstos se seleccionan más o menos arbitrariamente por la criminalización primaria en el plano teórico jurídico y por la secundaria en la realidad social. Si el Derecho Penal de acto pretendiese notas prejurídicas del delito, debiera renunciar a la legalidad: si los delitos pudiesen reconocerse ónticamente no sería necesario que los defina la ley. El *nullum crimen sine lege* y el delito natural son incompatibles” (Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 67).

Acertando Zaffaroni al señalar que, es clara la posición del maestro argentino cuando determina dos situaciones. 1) Que las normas jurídicas de carácter penal no debes ser pre-jurídicas, es decir, que el comportamiento debe estar

descrito en la ley penal al momento de la comisión de los hechos y ii) Tampoco que se reconozca la ley penal por el carácter ontológico, puesto que, se dejaría al libre albedrío reconocer qué comportamientos deberían ser reconocidos como delitos. Es así, que deja claro que la ley penal es lo único que puede establecer que acciones deben ser sancionadas por el Derecho Penal y las consecuencias jurídicas del delito. Ahora, dejar a la subjetividad cualquier redacción jurídica violaría el principio de *nullun crimen sine lege*.

Agrega además que:

“Cuando se pretende buscar datos prejurídicos del delito, el primer argumento suele ser su gravedad. Por cierto, que hay delitos atroces y aberrantes, como el genocidio y algunos homicidios, y ambos suelen llamarse *crímenes*, pero los primeros no siempre son reconocidos como tales por la opinión pública ni siempre provocan el ejercicio del poder punitivo, que frecuentemente se usa para controlar a quienes disienten con el poder que los ejecuta. Puede afirmarse que casi todas las muertes dolosas del siglo XX han sido causadas por acciones u omisiones de agencias estatales, en forma tal que, si ese poder fuese legitimado, habría que concluir que la inmensa mayoría de las muertes violentas fueron *muertes de derecho público*; frente a ellas, las provocadas por particulares son una minoría, respecto de la cual el poder punitivo ha logrado criminalizar sólo una pequeña parte. En mayor medida puede afirmarse lo mismo respecto de las acciones patrimonialmente lesivas: los mayores despojos patrimoniales los han cometido los estados. Por el contrario, hay conflictos de muy escasa gravedad que están primariamente criminalizados y otros en que se condena aun en supuestos de lesiones ínfimas” (Derecho Penal Parte General, 2002, pág. 67).

Finalmente, ZAFFARONI agrega al respecto que:

“No obstante, no se criminalizan muchos comportamientos sociales que afectan de modo grave bienes jurídicos fundamentales. No siendo, pues, la gravedad objetiva de la lesión un posible dato prejurídico diferencial del delito, puede pensarse que éste se halla en la objetivación de un dato subjetivo referido a la culpabilidad, como puede ser el grado de perversidad de la motivación. Sin embargo, una persona pobre puede sentirse tentada a apoderarse de algo de escaso valor pero que no puede comprar, y una rica puede omitir el pago de una indemnización por muerte en accidente de trabajo, especulando con los intereses que puede percibir de ese dinero: aunque más aberrante es la motivación de la segunda, sólo se criminaliza la primera. Se impone concluir que, *en un Derecho Penal de acto puro, no existen elementos que permitan distinguir los conflictos criminalizados de los que no lo son, salvo por la criminalización misma*. Esto plantea un serio problema político porque otorga las agencias políticas la potestad de criminalizar prácticamente cualquier conflicto, lo que implica que éstas pueden ampliar ilimitadamente el ámbito de la materia criminalizada y, con ello, fortalecer de igual modo el poder de vigilancia y selección de las agencias policiales, provocando de esta manera la liquidación del estado derecho” (Derecho Penal Parte General, 2002, págs. 67-68).

Como acertadamente señala Zaffaroni, hace un análisis del Derecho Penal de acto, describe que dicho comportamiento debe estar relacionado íntimamente con el principio *nullum crimen sine lege*, aunque muchos comportamientos son reprochables socialmente pero que no están establecidos en la ley penal, no se podrá sancionar al sujeto. Y eso, pasa en los días de cuarentena que tuvo el mundo, donde el COVIC 19 influyó en la decisión de los gobiernos en establecer regímenes de excepción (como el

caso peruano de declararse en Estado de Emergencia) la cual prohibía salir a los ciudadanos por un determinado tiempo. Sin embargo, los ciudadanos peruanos en un 3% hicieron caso omiso a dicha prohibición. Ahora, ese comportamiento que pone en riesgo un contagio masivo podría ser considerado un hecho reprochable por la sociedad, pero para el Derecho Penal, ese comportamiento resulta ser atípico.

Ahora, un importante aporte que hace Zaffaroni aparte de resaltar el principio de legalidad, es al reconocer que no se debe juzgar a la persona por sus características particulares o por su creencias o religiones. Sino que debe de juzgarse a la persona por su “acto”; es decir, que la acción y/o omisión de su comportamiento debe ser valorado al momento de realizar un juicio de tipicidad, descartando cualquier elemento subjetivo al momento del juicio.

Por su parte, nos dice el jurista español POLAINO NAVARRETE que:

“Uno de los postulados esenciales del Derecho Penal de Acto es la necesidad de una acción humana o “principio de acto” (Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 143).

Es decir, que se debe juzgar a la persona no por sus características particulares, sino que debe juzgárseles por sus actos, es por ello que hace importantes definiciones las cuales deben ser analizadas.

Asimismo, JIMENEZ DE ASÚA indica que:

“El primer carácter del delito es ser un acto. Empleamos la palabra acto y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta. Adviértase, además, que usamos la palabra acto en una acepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión. Así aclarado el vocablo puede definirse el acto: manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo

exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda. El acto es pues, una conducta humana voluntaria que produce un resultado.” (La Ley y el Delito , Principios de Derecho Penal, 1984, pág. 210)

Según VON LISZT indica que:

“El acto es la conducta voluntaria en el mundo exterior, causa voluntaria o no impediende de un cambio en el mundo externo. La idea de acto supone, pues, en primer término, una manifestación de voluntad. Se entiende por manifestación de voluntad, toda conducta voluntaria; es decir, la conducta que, libre de violencia, física o psicológica, está determinada, por las representaciones. La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento del cuerpo.” (Tratado de Derecho Penal, 1929, pág. 285)

Sobre esta cuestión el motivo es inseparable del concepto de acto, debido a que no hay una actividad inmotivada, por lo que el motivo de cada manifestación de voluntad representación, y a su vez acompañada de un sentimiento de placer que trae consigo la manifestación de voluntad

Agrega además que:

“El otro factor está constituido por la naturaleza propia del agente en cuanto a su pensamiento, su sensibilidad y su voluntad; por su disposición física, estable, en parte innata y en parte adquirida, y por la reacción personal resultante. La volición que caracteriza, el acto, significa, simplemente, en el sentido de esta concepción, el impulso de voluntad. Se le puede definir físicamente como inervación, y se le puede concebir psicológicamente como aquel fenómeno de la conciencia por el cual establecemos las causas.” (Tratado de Derecho Penal, 1929, pág. 285)

Aunando en lo señalado, es importante señalar que ya sea en uno como en otro caso, se debe de diferenciar totalmente la manifestación de voluntad del resultado que posteriormente este ocasionaría, por lo que al hablar de una volición de un resultado solo puede acarrear a errores.

Finalmente, VON LISZT señala que:

“Se debe de agregar otra característica, que reúna las diferentes partes en un todo: La relación del resultado con la manifestación de la voluntad.

1. Esta relación existe objetivamente, cuando el resultado causado o no impedido (en contra de un deber) por la manifestación de voluntad; es decir, cuando entre esta y aquel existe una conexión causal o una relación analógica.
2. Esta relación existe subjetivamente, cuando el agente en el momento de la manifestación de la voluntad, ha previsto, o puso prever, el resultado; es decir, cuando culpablemente ha causado o no impedido el resultado. Aquí se enlazan los conceptos de dolo y culpa.” (Tratado de Derecho Penal, 1929, págs. 289-290)

2.1.1 Principio de acto

Como bien mencionamos líneas arriba, POLAINO NAVARRETE refiere respecto al principio de acto que:

“El Derecho penal conmina acciones u omisiones humanas con una sanción jurídica. La exteriorización de la voluntad criminal es, por tanto, un presupuesto imprescindible del Derecho penal. Como gráficamente dijera ANTÓN ONECA, “el concepto de acción es central en la teoría del delito: el hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra”. El principio del acto (*nullum crimen sine actione*), doctrinalmente llamado principio del hecho, ha alcanzado la máxima consagración positiva, al

ser acogido en la Constitución española (art. 25.1) y en el Código penal de 1995 (v.gr. art. 10).

Consecuencia lógica del Derecho penal de acto es que el mero pensamiento es fundamento insuficiente para la sanción penal: los pensamientos no delinquen (*cogitationis poenam nemo patitur*), de manera que el sujeto deviene relevante para el Derecho no en tanto ser pensante, sino en cuanto ser actuante” (Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 143).

Es así que podemos inferir que, el principio del acto en el Derecho Penal, se basa en sancionar al sujeto por las acciones y omisiones que realiza en su exteriorización de voluntad; por consiguiente, este principio “*nullum crimen sine actione*” significa que no puede existir un crimen sin que haya una acción del sujeto activo del delito. Este principio que rige en la mayoría de países democráticos de Derecho como España o Perú, también protegida no solo por el Derecho Penal, sino por su propia constitución.

Asimismo, encontramos que la rama del Derecho Penal no puede sancionar a las personas por su forma física –atavismo- tampoco por sus ideas o pensamientos. En este punto podemos destacar lo que señala RUSCONI, quien refiere que:

“Normalmente se afirma que la idea de que el Derecho Penal no puede ocuparse de los pensamientos o, dicho de otro modo, de las manifestaciones exteriores de los comportamientos, refleja raíces en conocida fórmula de Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur*” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 266).

Siendo así, el Derecho Penal no puede juzgar los pensamientos de una persona, por ejemplo: Tener la idea de matar a tu vecino por colocar música a alto volumen en horas de la madrugada. Lo que sanciona el Derecho Penal, es la exteriorización de la voluntad, es

decir, en la etapa del *iter criminis* en la etapa de decisión –fase externa-.

Al respecto VELASQUEZ señala que:

“El punto de partida de todo el derecho penal liberal es el antiguo aforismo según el cual no hay delito sin conducta humana, de donde ha surgido el postulado en examen, también conocido como principio del hecho o de la objetividad material. De esta manera, en primer lugar, el suceso acriminable no está constituido por un acto interno de la psique, sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza referido a un actuar del hombre: la conducta punible, gracias a esta conquista de la especie humana, se traduce en un exterioridad, que le permite al derecho represivo castigar a los hombres solo por lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, (...) en segunda instancia, del aforismo en examen deriva otra importante consecuencia: el fenómeno criminal no puede caracterizarse a partir del modo de ser de la persona, sus hábitos, temperamentos, pensamientos o afectividad; esto es, se castiga por lo que se hace y no por lo que se es.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 43)

En cuanto a lo mencionado, el derecho penal de acto se va a dirigir por la conducta social del hombre, en el actuar que va a tener este frente a diferentes situaciones que se le pueda presentar, observándose así en la ley una íntima conexión con los postulados de la dignidad de la persona humana, así como también de la legalidad, haciendo referencia al principio del acto, misma que se fundamenta en su hacer y su actuar.

2.1.2 Importancia del Derecho Penal del acto.

Según RUSCONI:

“El sentido que la tradición jurídica ilustrada impuso al principio de acto, fue, sin duda, el de constituir un límite básico a la actuación del poder estatal, condicionándola normativamente al reconocimiento y respeto de la libertad individual, entendida como valor esencial de la persona, que, para su realización, requiere la más tajante exclusión de cualquier clase de intromisión del Estado en relación con todo aquello que forma parte del fuero interno de cada individuo” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 266)

Compartimos la posición de Rusconi al señalar que ese límite un Derecho Penal de acto y un Derecho Penal de autor tiene los siguientes reconocimientos: i) Como límite del poder estatal de no sancionar las ideas de las personas y ii) Reconocimiento a la libertad individual del libre pensamiento.

Es claro, que cada persona tiene el derecho a pensar como desee, siendo parte de su libertad. Lo que es sancionado, es la exteriorización de su idea que contravenga el ordenamiento jurídico penal, porque si se sancionarían las ideas de las personas, se llegaría a la arbitrariedad por parte del Estado.

Finalmente, RUSCONI refiere que:

“Este límite claro dirigido al poder institucional no se refiere solo a la instancia de criminalización primara, al proceso mismo de nacimiento de las normas jurídico-penales, sino que se trata también de un criterio que debe condicionar la actuación judicial y penitenciaria lo largo de todo el camino del sistema penal. Lo interno no puede ser jamás materia de regulación, sanción, agravamiento, condicionalidad de permisos o facultades, etcétera” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 277).

2.1.3. Imputación subjetiva frente a responsabilidad objetiva

En ese sentido, la responsabilidad objetiva hace referencia a los sistemas que este caso se oponen a la responsabilidad subjetiva, misma que se va a fundamentar en cuanto a la idea de la culpa, en otras palabras, en cuando a la intensión de poder deducir el daño que es causado por el sujeto, por el grado de negligencia en que genera el daño causado.

Como bien refiere POLAINO NAVARRETE tenemos este tercer postulado, respecto al cual sostiene que:

“De acuerdo con el principio del acto la pena se impone al autor culpable de un delito, en función de su culpabilidad, que actúa como fundamento y límite de la sanción penal. Ello significa que el Derecho Penal de acto es, a la vez, un Derecho Penal de culpabilidad por el acto y no un Derecho Penal de responsabilidad objetiva por el resultado.

En los sistemas modernos, el modelo de culpabilidad por el acto es acogido en los Códigos penales: el art. 5 CP español consagra el principio de culpabilidad, al señalar que “no hay pena sin dolo o imprudencia”, aunque luego el propio legislador no sea escrupulosamente coherente con las exigencias de tal principio, al prever determinadas hipótesis de delitos cualificados por el resultado.

El Derecho Penal de culpabilidad por el acto significa que un resultado lesivo (v.gr. la causación de la muerte de una persona, la irrogación de determinados perjuicios a la Hacienda Pública, etc.) es imputable al autor culpable, y además en la medida de su culpabilidad“ (Derecho Penal Parte General, 2015, págs. 143-144)

Podemos verificar, que el límite a la función del Derecho Penal es la culpabilidad, la cual no solamente se encuentra establecido en

el Código Penal Español en su artículo 5, sino se consagra también en el Código Penal Peruano en su artículo VIII del Título Preliminar, cuando dice “responsabilidad por el hecho”, lo sanción por parte del Derecho Penal, por el hecho culpable. Ahora, es importante señalar, que el Derecho Penal no sanciona el resultado lesivo, sino la acción que ha realizado el sujeto, admitiendo solo en delitos culposos que se juzgue por el resultado lesivo.

En esta discusión tan complicada de la culpabilidad continúa POLAINO NAVARRETE, señalando que:

Como señalaba SCHMIDHÄUSER, ello no quiere decir que este modelo se pregunte exclusivamente por la culpabilidad, no teniendo para nada en cuenta el resultado. Antes bien, el resultado puede jugar un papel para el hecho punible, pero no el resultado material impersonal, sino el resultado ocasionado voluntariamente por el hombre y que es susceptible de culpabilidad. El Derecho Penal de culpabilidad por el acto integra, pues, también un Derecho Penal de culpabilidad del resultado típico.

El Derecho Penal de responsabilidad por el resultado se halla inspirado en el clásico principio de “versari in re ilícita”, sanciona a la persona si de su acción deriva un resultado lesivo, aun no querido, previsible ni evitable.

El Derecho Penal de responsabilidad objetiva por el resultado sanciona al autor exclusiva o principalmente porque “ha causado un resultado lesivo, tomando en cuenta el resultado del hecho como determinante de la gravedad de la pena” (SCHMIDHÄUSER). Por ello, no se pregunta, o no lo hace suficientemente, por la culpabilidad del autor, y no se plantea la cuestión de si el autor no se hallaba en absoluto en la situación de prever el daño

como resultado de su actuar, ni tampoco en qué medida pudo él –en cuanto menor, enfermo mental o persona inculpable- conocer lo no permitido de su conducta. Por consiguiente, este sistema provee también sanciones para el caso fortuito.

Ejemplo: A, en el transcurso de una discusión, golpea levemente a B, produciéndole una herida superficial, por la que pierde cierta cantidad de sangre que le lleva a la muerte por su condición de hemofílico (Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 143).

Ahora, es importante señalar que POLAINO NAVARRETE hace un recuento que está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva como también así lo ha establecido el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal Peruano de 1991, cuando indica que queda proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, siendo que la pena requiere necesariamente la responsabilidad del autor.

Finalmente, señala POLAINO NAVARRETE que:

“Un sistema inspirado en el principio de culpabilidad por el acto exigiría, para poder imputar el resultado de muerte al autor, la presencia de dolo o culpa en su actuar, de modo que podría imputársele el resultado de muerte si quería matar –o al menos previó la muerte- y lo hizo (dolo), o si infringió una especial norma de cuidado (culpa o imprudencia).

Por el contrario, un sistema de responsabilidad por el resultado, imputaría el resultado final de muerte, desencadenado por una serie de factores causales (ajenos al autor), al propio A, aun cuando su golpe inicial fuera inocuo para producir la muerte. Lógicamente, esta segunda idea es desterrada –en principio- de los Códigos modernos, y sobre todo en la doctrina penalista, que

conforme a los postulados de la teoría de la imputación objetiva exigiría criterios como el aumento de riesgo, etc” (Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 145).

2.2 Interpretación de la ley penal

Se sabe que una vez interpuesta la ley penal, es necesario interpretarla para que esta forma pueda ser aplicada al caso concreto con lo cual se va a lograr establecer lo que vendría a ser la voluntad de la ley, muchos son los autores que piensan que dicha interpretación tiene por finalidad buscar el sentido de la ley, otros se centran solo en el significado de ellas, por lo que nosotros consideramos más idóneo establecer que la interpretación tiene por finalidad la voluntad de la ley, debido a que la misma adquiere voluntad soberana y que por lo tanto su obligatoriedad es tal en cuando se traduce a su voluntad.

Al respecto VILLA STEIN, señala que:

El juicio de subsunción entonces, que haga el operador penal, presupone para el no solo descubrir el sentido y propósito de la proposición general, cuyos signos constitutivos pudieron tener significado distinto, sino, además, determinar si el caso concreto, por sus particularidades naturalísticas y circunstanciales, es o no normativamente subsumible en dicha hipótesis. La interpretación de la ley penal apunta a resolver un problema de significación al modo de un mediador, por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático. (...) Se trata de una tarea misión principal del derecho, (...) La interpretación, sin embargo, no por creativa debe desnaturalizar la ley apartándose del texto legal, analogizando su tenor y contrariando el principio de no admisibilidad de la analogía. La interpretación no puede escapar del texto sino, a lo máximo indagar sobre su contenido oculto procurando un enunciado con palabras más claras que expresen más precisamente el punto y haciendo hablar a

ese sentido oculto. (Derecho Penal, Parte General, 2014, págs. 193-194)

Según GARCIA CAVERO, indica que:

“De la ley no puede extraerse deductivamente la solución para el caso concreto, el juez debe siempre realizar un proceso de interpretación. Este proceso no se lleva a cabo mecánicamente, sino que resulta necesaria una actividad de comprensión que se alcanza a través de un ir y venir de la ley general al caso concreto” (Derecho Penal, Parte General, 2012, pág. 283)

Sobre esta cuestión, por mucho que el juez cuente con cierta autonomía para poder realizar el mencionado proceso de interpretación, este no lo lleva a acabo de una manera discrecional, puesto que el mismo se encuentra sujetos a ciertas reglas lógicas y también a un contexto normativo, debido a que dicho procedimiento que se lleva a cabo da origen a lo que la doctrina indica ser la interpretación, indicando además de ello que, la interpretación vendría a ser parte fundamental para la aplicación de la ley penal.

Continúa HURTADO POZO exponiendo que:

“La característica primaria del Derecho Penal consiste en especificar, mediante reglas, ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad como un todo, o a clases especiales dentro de ella: se espera que los miembros de la sociedad, sin el concurso o la intervención de los funcionarios comprendan las reglas y entiendan que ellas le son aplicables y adecuen su comportamiento a las mismas. Por esto, las normas jurídicas penales deben redactarse de modo que sean accesibles a la generalidad de las personas. Sin embargo, estas normas no solo se dirigen a las personas, en general, con la pretensión de regular sus conductas; sino también a los individuos encargados

de aplicar un sistema de pena” (Manual de Derecho Penal, Parte General, 1987, pág. 172)

Respecto a lo antes referido, es en el Derecho Penal donde el principio de la legalidad rige primordialmente, por lo que la norma jurídica vendría a ser una fórmula lingüística escrita, por lo que la interpretación vendría a ser adoptada como una invitación a nuestra inteligencia, una exigencia que está dirigida hacia nosotros para poder construir desde dentro, a su vez traducir y volver a expresar interiormente con nuestras facultades mentales la idea que intenta transmitir para poder representarla.

Según PABLOS DE MOLINA indica que:

“La interpretación de la ley de cualquier ley, incluida la ley penal, es una operación lógica intelectual, dirigida a descubrir su significado, su sentido, a través de los datos y signos mediante los que esta se exterioriza.” (Derecho Penal, Parte General, 2009, pág. 771)

Según PEDRO RAMOS indica que:

“Interpretar la ley quiere decir poner de manifiesto la norma jurídica contenida en ella, darse cabal cuenta del verdadero significado de la norma, establecer su objeto preciso, señalar los límites de su aplicación” (Curso de Derecho Penal, 1935, pág. 119)

2.2.1 Clases de interpretación de la ley penal

Al ser un tema de mera importancia mencionaremos criterios diferentes de clasificación debido a que la ley no solo es una proposición jurídica, si no que a su vez esta tiene un origen legislativo, una interpretación, forma y finalidad primigenia, por lo que según están consideraciones las clases de interpretación son los siguientes:

2.2.1.1 Según el Intérprete

2.2.1.1.1 Interpretación Auténtica

Esta interpretación es realizada por el poder legislativo, misma de donde surgió la norma, donde obra la interpretación auténtica en la exposición de motivos, así como de su recurrencia iniciara el sentido de la ley penal

Señala VILLA STEIN que:

“El órgano legislativo interpreta auténticamente una norma cuando por medio de una ley posterior declara el sentido de la norma precedente en lo que sería una nueva ley con efecto retroactivo, lo que puede dar lugar a hipótesis de anticonstitucionalidad tratándose de materia penal, dado que la ley de interpretación vincula u obliga. La interpretación auténtica llamada así por su obligatoriedad, puede estar expuesta a contingencias concretas y terminar desnaturalizando la ley precedente” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 196)

2.2.1.1.2 Interpretación judicial

Señala VILLA STEIN que:

“Es la que llevan a cabo jueces y tribunales con ocasión de aplicar la ley interpretación al caso singular. Llamada también interpretación jurisprudencial, no vincula y en ello se distingue de la

interpretación auténtica.” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 197)

Respecto a lo señalado, como afirma el autor es recomendable que tanto jueces y tribunales recurran de cierta forma a la doctrina para que se lleve a cabo con eficacia la interpretación de la ley.

2.2.1.1.3 Interpretación Doctrinal

Esta interpretación es realizada por los juristas, profesores y estudiosos del derecho, que solo lo hacen con el pleno interés de adquirir conocimiento en que consiste en el descifrar el sentido de la ley.

Al respecto VILLA STEIN señala que:

“La importancia que la interpretación doctrinal tiene pues, aunque no obliga, a la inteligencia del juez, compromete su conciencia y su buena fe, ya que, de un derecho estructurado, sistemático y serio, no pueden derivar interpretaciones antojadizas o erráticas y de ello da cuenta la doctrina cuando propicia interpretaciones lógicas y uniformes. La ciencia del derecho facilita, en cierto modo, el trabajo a la jurisprudencia de los tribunales, al mostrar los problemas de la interpretación y las vías para su solución” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 197)

2.2.1.2 Según los medios

2.2.1.2.1 Interpretación Lingüística

Según VILLA STEIN indica que:

“El primer estímulo que recibe el intérprete de esa ley penal es su literalidad, es decir, la expresión lingüística empleada por el legislador para su construcción, lo que ha dado en pensar que el significado inmediato y literal de las palabras constitutivas del texto, contiene el sentido espontáneo y natural de la norma” (Derecho Penal, Parte General, 2014, pág. 197)

Pues si bien es cierto al ser el lenguaje una estructura compleja, dinámica y la vez diferenciada, su validez depende de los espacios territoriales y temporales, mismas que van a originar ciertas modalidades particulares, indicando que además en nuestro País no existe una sola lengua ya que somos un territorio multilingüe y a su vez pluricultural, por lo que también es necesario indicar que en el Derecho Penal peruano e hispano americano son escritos, como son el código, la jurisprudencia y la doctrina, pero sin embargo, lo que prima en nuestro país es básicamente oral

Continúa HURTADO POZO indicando que:

“Las palabras que son en su mayor parte ambiguas, vagas; su campo de referencia es indefinido, pues, consiste en un núcleo o zona central nítida” (Manual de Derecho Penal. Parte General, 1987, pág. 181)

2.2.1.2.2 Interpretación Teleológica

Esta interpretación ocurre cuando se busca el sentido o la finalidad de la norma, por lo que importa conocer el bien jurídico o la clase de los bienes jurídicos que son tutelados, por lo que la ratio legis está ligada a la interpretación conforme a la Constitución.

Al respecto VILLA STEIN menciona que:

“La interpretación teleológica puede ser subjetiva u objetiva dependiendo de si se busca la ratio legis en la voluntad histórico psicológica del legislador (teoría de la voluntad o subjetiva), o si, por el contrario, la ratio se la indaga el sentido inherente a la ley misma” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 201)

2.2.1.2.3 Interpretación Histórica

Según VILLA STEIN señala que:

“Se trata de conocer la occasio legis o contexto histórico” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 202)

Sobre lo mencionado el autor para conocer el sentido de la ley, recurre tanto a los materiales o fuentes legislativas que ayudaras a dicha interpretación

2.2.1.2.4 Interpretación Sistemática

Según VILLA STEIN señala que:

“Tal modo de interpretación se da cuando se analiza la norma penal en el contexto jurídico general de manera que, sin sacrificar la peculiaridad del Derecho Penal, se la estudia como coherente y compatible con todo el orden jurídico en su conjunto.” (Derecho Penal, Parte General, 2014, pág. 202)

2.2.1.3 Según los resultados

2.2.1.3.1 Interpretación Extensiva

Según VILLA STEIN indica que:

“Tal cosa ocurre cuando se da al texto legal una interpretación omnicomprendensiva de una gran variedad de hipótesis” (Derecho Penal, Parte General, 2014, pág. 202)

Conforma a lo señalado, la interpretación extensiva o amplia, va a manejar significados que va comprender fenómenos de significación de dichos términos, misma que a su vez no debe de caer en analogía.

2.2.1.3.2 Interpretación Restrictiva

Dicha interpretación se da cuando existe una fórmula lingüística de la norma penal en este caso amplia y a su vez genérica, con la finalidad de poder reclamar una variedad de hipótesis ampliando de cierta forma el ámbito de la punibilidad.

Al respecto VILLA STEIN señala que:

“Una interpretación será restrictiva cuando, en relación con otra interpretación posible, resulta un ámbito de aplicación más reducido y más restringido el ámbito de punibilidad.” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 202)

Indicando así que, a su vez, que la interpretación restrictiva en el derecho peruano es una garantía constitucional tipificada en el art. 139. 9 de la Constitución Política del Perú, proscribiendo la misma en una analogía en materia criminal.

2.2.1.3.3 Interpretación Progresiva

Según VILLA STEIN indica que:

“Es aquella interpretación que propicia entender la norma en constante coherencia con el avance de las ciencias y el progreso económico social.” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 203)

Sobre esta cuestión esta interpretación trata de adaptar la ley a lo que vendría a ser la realidad, aplicando instrumentos modernos en las diversas órdenes para su futura adaptación.

Por lo que en general podemos indicar que estos métodos de interpretación que hemos mencionado son utilizados para poder determinar aspectos muy importante concretos de la ley penal, como bien se

mencionó el método gramatical va a servir para poder fijar el significado máximo que este caso el intérprete puede asignar a los conceptos legales sin perjuicio de dejar el tenor de la ley penal, lo cual es muy importante dentro del Derecho Penal debido a la observación severa del principio de legalidad, por otra parte en cuanto al método sistemático va a permitir dar sentido a lo que sería la ley penal en cuanto a su contexto jurídico, lo cual vendría a ser de la estructura del Código penal, dividiéndose en Parte General y Parte Especial, puesto que en este último se vincula el tipo penal sometido a análisis lo cual va a permitir ordenar su interpretación de manera uniforme, tanto en su función del bien jurídico protegido como también la forma de ataque prohibido.

2.2.2 La perspectiva de la interpretación de la ley penal

Al respecto GARCIA CAVERO indica que:

“En la interpretación de la ley penal se discute la cuestión de si el Derecho Penal determina el significado de los conceptos utilizados por los tipos penales de manera autónoma o no. La doctrina penal se encuentra entre dos perspectivas de análisis que llevan a soluciones interpretativas diferentes. Por un lado, se encuentra la perspectiva fáctica de análisis, la cual establece el significado de los elementos típicos de manera independiente de la regulación civil, mercantil o administrativa”

Sobre esta cuestión de análisis se opone aquella que entiende el Derecho Penal cumple una función de refuerzo penal en este caso de instituciones civiles, comerciales o administrativas de manera

que la misma debería de asumir un carácter esencialmente accesorio.

2.2.2.1 La perspectiva fáctica de análisis

Según GARCIA CAVERO expone que:

“La perspectiva fáctica de análisis pretende constituirse en un método autónomo de interpretación de la ley penal, de manera que los elementos típicos sean definidos en un sentido estrictamente factico.” (Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 288)

Al respecto en cuanto a lo indicado líneas arriba, esta perspectiva fáctica busca su independencia de su significación en cuanto a las diferentes ramas, ya sea en el Derecho Civil, Administrativo, Comercial, así, por ejemplo, términos como administrador o directivo de una persona jurídica, deudor, patrimonio o contrato, mismo que no tienen que ser interpretados conforme a la regulación extrapenal, sino más bien, a las regulaciones acorde a las necesidades penales ya sea de castigo o de prevención, por lo que, la única limitación que tendría la misma sería en cuanto a tenor de los tipos penales, debido a que este ocasionaría una entrada a la analogía prohibida en cuanto a la fundamentación de las sanciones penales.

2.2.3 Necesidad de interpretación

Según PABLOS DE MOLINA señala que:

“La ley, toda ley, necesita ser interpretada antes de proceder a su aplicación a pesar del conocido brocardo *in claris non fit interpretatio*. Porque en ese sentido no hay ley absolutamente clara. Teniendo que servirse el legislador del lenguaje, esto es, de signos

que desempeñan una función simbólica y comunicativa; y dado que la ley confiere un mandato abstracto y general, mientras la realidad a la que se preordena, siempre dinámica y cambiante, solo ofrece casos concretos, singulares, la interpretación será imprescindible. Toda norma jurídica y no solo la que suscita dudas respecto a su significado real requerirá de una interpretación. Gracias a esta, el lenguaje abstracto y, a veces enigmático de la ley cobra sentido, se concreta y adquiere un contenido real, se vitaliza. De hecho, no es la norma o conminación legal abstracta, el Derecho legislado la que instrumenta la función comunicativa y simbólica del Derecho, sino la percepción social de su significado definitivo, esto es, del que la atribuyen quienes la interpretan oficialmente y la aplican. No en vano, se ha dicho por ello que el intérprete lleva a cabo una labor creadora, que trasciende la de cualquier operación inserta en la mera lógica forma” (Derecho Penal, Parte General, 2009, pág. 773)

Continúa HURTADO POZO indicando que:

“El proceso interpretativo no se agota en esta fase cognoscitiva. Comprendido solo desde el punto de vista no explica, en todos sus aspectos, la toma de decisión por parte del juez, decisión que depende de una valoración de la norma jurídica. Obviamente, esta no es una fórmula mágica, sino que constituye la materialización de toda su tradición cultural. Condicionado por esta realidad, el juez comprende la proposición jurídica; tratando de que su decisión aparezca y sea aceptada, no solo como justa o socialmente deseable. De manera que la interpretación observada desde esta perspectiva ha

de ser considerada también como un acto de valoración y no de mero conocimiento. (...) Se puede afirmar que la aplicación de la proposición jurídica a un caso particular requiere de su interpretación; tarea que es completada por la determinación e interpretación de los hechos. Y la necesidad de interpretar el texto legal se presenta, sobre todo, cuando el fenómeno a enjuiciar se encuentra en el sector marginal de un concepto de una representación general” (Manual de Derecho Penal. Parte General, 1987, pág. 173)

Respecto lo señala por el autor, la necesidad de interpretación resulta ser el tenor literal de la ley, debido a que siempre se van a plantear dudas interpretativas con respecto al significado , esto a razón de que la ley no es un producto acabado y preciso, sino más bien un enunciado que esta temporalmente abierto y a su vez incompleto con lo que se materializa al momento de su aplicación, por lo que la necesidad de una elemental exagenesis tiene más relación con la propia estructura de la ley, así como también sus limitaciones de sus formulaciones a través del lenguaje.

2.2.4 Principios

2.2.4.1 Proscripción de la analogía

Señala ZAFFARONI que:

“(...) así como en los análisis químicos es menester preparar las muestras y ceñirse a determinados cánones para no inutilizar la labor analítica, también en el análisis jurídico, la preparación de los elementos para la construcción y los resultados de la misma, debe responder a ciertos principios que no pueden vulnerarse, la pena de inutilizar las proposiciones a que se llegue al cabo de la

investigación. No se trata de principios obtenidos dogmáticamente, sino de principios que son anteriores a la aplicación del método, que condicionan el objeto de conocimiento” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 134).

Para el Derecho Penal, al igual que las otras ramas del Derecho se fundamentan en sus principios los cuales no pueden ser trasgredidos. Es así, para realizar cualquier clase de interpretación o analogía de la norma penal, se debe realizar en base a los principios generales del Derecho que son inherentes a cada ser humano.

Decimos lo anterior, puesto que, los principios no son los únicos que están establecidos por el Código Penal o la Constitución, sino que se encuentran también en el Derecho Civil.

Ahora respecto al punto anterior, ZAFFARONI haciendo referencia al Código Civil Argentino que:

“Puesto que el derecho civil no cumple su función de seguridad jurídica si deja de resolver algún conflicto, debe presentarse como un sistema de sistema continuo, sin lagunas. De allí que, “si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso” (art. 16 CC)” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 135).

De esta manera, vemos como en Derecho Civil, resulta necesaria la aplicación de diversas formas de solución ante la ausencia por ejemplo de una norma que regule específicamente una situación, entre ellas la analogía, para que de esta manera pueda cumplir con su cometido. Por el contrario, en el Derecho Penal no ocurre ello, como veremos a continuación.

Continúa ZAFFARONI exponiendo que:

“(…) si por analogía en Derecho Penal se entiende completar el texto legal en forma de entenderlo como prohibiendo lo que la ley no prohíbe, considerando antijurídico lo que la ley justifica, o reprochable lo que no reprocha, o en general punible lo que no pena, basado la conclusión en que prohíbe, no justifica o reprocha conductas similares, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración científico-jurídico del Derecho Penal. Ello obedece a que solo la ley del Estado es la que resuelve en qué casos este tiene injerencia resocializadora afectando los bienes jurídicos del penado con la pena, no pudiendo el juez completar los supuestos. Como el Derecho Penal es un sistema discontinuo, la misma seguridad jurídica, que requiera que el juez acuda a la analogía en el derecho civil, exige aquí que se abstenga de semejante proceso.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 135).

De igual forma, continúa el referido autor indicando que:

“La proscripción de la analogía -concretada mediante el principio de legalidad penal- pertenece hoy al acervo de todos los países civilizados del orbe. Si bien alguna legislación se mantiene -como la de China popular, por ejemplo-, ello es un fenómeno pasajero, puesto que la analogía es característica de todos los cambios revolucionarios, hasta que cesa el periodo de cambio y se requiere la estabilidad y la seguridad jurídicas (Hellmuth von Weber). Suele repetirse que en el Derecho Penal inglés -y también en el danés- la analogía no está proscripta, pudiendo crearse delitos por vía jurisprudencial, es decir, que los tribunales pueden penar una conducta análoga a un delito. En cuanto al derecho británico, ello es inexacto, al menos en la actualidad. El derecho anglosajón se compone del common law (derecho creado por los tribunales) y del statute law (derecho legislado de manera nuestra). En cuanto al Derecho Penal, la facultad de crear delitos por los tribunales se fue perdiendo, aunque se reconocía que los tribunales tenían un residuo de su antigua atribución. En 1972 la Cámara de los Lores “rechazó” unánimemente la exigencia de un poder residual en las cortes para crear nuevos delitos o ampliar los existentes y hacer punibles conductas de un tipo anteriormente no sometido a pena (Cross and Jones), por lo que la creación analógica de delitos ya no tiene vigencia en Gran Bretaña” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 135).

Así, podemos observar cómo la prohibición de analogía se fundamenta en el principio de legalidad, por lo tanto, solo puede sancionarse la conducta descrita en el tipo penal y no una parecida o similar. Ahora, ha quedado reducido la posición que los Tribunales puedan crear delitos, puesto que, una de las características de la ley penal, es que sea previa a los hechos materia de delito bajo el principio de legalidad y de seguridad jurídica. Ahora los Tribunales no crean delitos, lo que sí es a menudo, realizar interpretaciones de los distintos tipos penales, los cuales aclarar el sentido que intento dar el legislador al momento de reprimir una conducta como delito.

Siguiendo lo señalado por ZAFFARONI, tenemos que:

“El art. 1 del CP de Dinamarca dice que “solo puede imponerse una pena a una conducta cuando su punibilidad este legalmente determinada o cuando sea eternamente asimilable a una de esas conductas”. No obstante, en la práctica, esta disposición casi no se ha aplicado y la doctrina danesa dominante la interpreta en el sentido que permite un entendimiento de la letra de la ley que no se diferencia del que se hace en cualquier país donde expresamente se consagra el principio de legalidad penal” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 136).

Asimismo, el mismo autor señala que “*suele distinguirse entre analogía in malam partem y analogía in bonam partem, entendiendo por la primera la que integra la ley extendiendo la punibilidad y por la segunda la que restringe*” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 136).

Cuando se entiende que el Derecho Penal, trata de sancionar comportamientos que no se encuentran regulados en el Código Penal por analogía. Ejemplo: Cuando se pretendería procesar a una persona en el Perú por un delito ya derogado como el delito de acaparamiento por la necesidad de sancionar ese comportamiento y el mismo que se encuentra regulado en algunos Códigos de los Estados Unidos. Es así, que se estaría realizar una extensión a la punibilidad de los delitos económicos en el Perú.

Posteriormente señala que:

“(…) como regla general, siempre que se trata de integrar la ley, la analogía esta proscripta, cualquiera fuese el sentido que se le diese, aunque eventualmente pueda admitirse la analogía in bonam partem para salvar la racionalidad del derecho y, con ella, el principio republicano de gobierno, que exige esta racionalidad” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 136).

Si bien el autor establece claramente que toda forma de analogía está prohibida en el plano penal, sí reconoce que podría ocurrir una excepción en relación a la analogía in bonam partem, detallando posteriormente que *“en el supuesto de causas de justificación que, por remisión del Derecho Penal a otros campos legislativos (...) sean otras ramas del derecho las que deban precisar sus límites, es lícita la analogía si en estas legislaciones se encuentra admitida”* (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 136). Siendo esto así, si el área específica al que el Derecho Penal recurre permite la analogía, ésta podrá ser aplicada.

2.2.4.2 Principio “in dubio pro reo”

Según señala ZAFFARONI, este principio:

“(…) es ampliamente aceptado en el derecho procesal penal, pero se ha puesto seriamente en cuestión en el campo penal. En el campo penal, el principio nos obligaría a una interpretación siempre restrictiva de la punibilidad. Para rechazar esta consecuencia, suele afirmarse que el principio “in dubio pro reo” no es una regla de interpretación, sino un criterio de valoración de la prueba” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 136).

Ahora, existe mucha confusión si el principio “in dubio pro reo” tiene implicancias penales o procesales o para los dos. Podemos definir el investigador que dicho principio tiene implicancias procesales y solamente opera antes de la emisión de la sentencia; es decir, que tiene implicancias luego de actuación de pruebas.

Es claro, que contraria a nuestra posición se encuentra ZAFFARONI, pues indica:

“(…) a partir del rechazo del principio “in dubio pro reo” se pretende que la interpretación de la ley puede ser extensiva, literal o restrictiva en cuanto al alcance de la punibilidad. Creemos que hay un límite semántico del texto legal, más allá del cual no puede extenderse la punibilidad, pues deja de ser interpretación para convertirse en analogía. Dentro de los límites de resistencia de flexibilidad semántica del texto son posibles interpretaciones más amplias o más restrictivas de la punibilidad, pero no creemos que ello pueda hacerse a

gusto, sino que debe ser conforme a ciertas pautas, como también entendemos que el principio in dubio pro reo tiene vigencia penal, solo que a condición de que se lo aplique correctamente” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 137).

El referido autor define su postura respecto a este principio, indicando que:

“a) En principio rechazamos la “interpretación extensiva”, si por ellas se entiende la inclusión de hipótesis punitivas que no son toleradas por el límite máximo de la resistencia semántica de la letra de la ley, porque eso sería analogía.

b) No aceptamos ninguna regla apodíctica dentro de los límites semánticos del éxito. Cuando se dice “donde la ley no distingue no se debe distinguir”, ello es correcto, pero a condición de que se agregue “salvo que haya imperativos racionales que nos obliguen a distinguir” y, claro está, siempre que la distinción no aumente la punibilidad saliéndose de los límites del texto.

c) Hay supuestos en que el análisis de la letra de la ley da lugar a dos posibles interpretaciones: una más amplia de punibilidad y otra más restringida. Ello lo observamos sin superar el plano exegético. Así, la expresión “cosa” del art. 162 puede interpretarse en sentido ordinario (amplio) o en civil (restringido). En estos casos es en los que entra a jugar la in dubio pro reo: siempre tendremos que inclinarnos a entenderlas en sentido restrictivo y conforme a este sentido ensayar nuestras construcciones. No obstante, este principio no tiene un valor absoluto, porque bien pueda ser que el sistema choque con la expresión

entendida en su sentido estricto y se armonice con su sentido amplio, lo que en tal caso podemos hacer porque tiene carácter absoluto el principio de racionalidad del orden jurídico, que es el presupuesto mismo de nuestra actividad científica” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 137).

Es decir, que Zaffaroni emplea que la indubio pro reo tendrá un carácter residual para determinar la punibilidad del hecho. Sin embargo, que dicha pretensión no la correcta por parte del autor, puesto que ratificamos que el indubio pro reo opera al momento de la valoración probatoria, como así lo ha señalado el Tribunal Constitucional Peruano en el Expediente N° 2887-2013-PA/TC y la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Penal de España en la STC 3217/2019, donde claramente determinar que el indubio pro reo opera con el caudal probatorio.

2.2.4.3 El principio de intrascendencia o de personalidad de la pena

Señala ZAFFARONI que:

“(…) nunca puede interpretarse una ley penal en el sentido de que la pena trasciende de la persona que es autora o partícipe del delito. La pena es una medida de carácter estrictamente personal, como que es una injerencia resocializadora sobre el penado. De allí que deba evitarse toda consecuencia de la pena que afecte a terceros. Este es un principio que en el actual estadio de nuestra ciencia no requiere mayores consideraciones, pero no sucedió lo mismo en otros tiempos, en que la

infamia del reo pasaba a sus parientes, lo que era común en los delitos contra el soberano” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 138).

Dicho lo anterior, es correcto afirmar entonces que la pena como sus efectos son aplicables únicamente a la persona que cometió el delito; siendo que, la responsabilidad penal será por el hecho.

Por ello, resulta importante que este principio pueda ser ponderado con la publicidad en los procesos penales, puesto que, en los procesos no solo se vincula el hecho criminal de la persona, sino que existe un estereotipo no solo contra el imputado sino contra los familiares.

Si no, recordemos el caso peruano en la ciudad de Piura, donde el padre de un procesado, fue cruelmente maltratado física y psicológicamente por los hechos presuntos que habría realizado su hijo. Es así que, si bien la ley penal no podría sancionar al padre por el hecho, sin embargo, vemos que en la sociedad viene efectuando presunta venganza privada contra los familiares de imputados.

2.2.4.4 El principio de humanidad

Nos dice ZAFFARONI que:

“(…) del principio de humanidad se deduce la proscripción de las penas crueles y de cualquier pena que desconozca al hombre como persona. El párrafo 2 del art. 5 de la CA de Derechos Humanos establece que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. A esta consecuencia contribuye también el principio

de soberanía popular, puesto que esta, necesariamente, presupone que cada hombre es un ser dotado de autonomía ética por el mero hecho de ser hombre, es decir, que por esta circunstancia es capaz de elegir entre el bien y el mal y de decidir al respecto” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 139).

Así, se resalta la condición humana y el respectivo trato digno que los seres humanos deben recibir, independientemente de que hayan cometido un delito. Ahora, la humanidad de la pena tiende a proteger a la persona para que se respete su dignidad dentro del centro penitenciario en el cual está recluido, puesto que solamente pierde la libertad ambulatoria, sin que deba afectarse sus demás derechos fundamentales como la salud o el trato digno.

Continúa ZAFFARONI señalando lo siguiente:

“El principio de humanidad es el que dicta la inconstitucionalidad de cualquier pena o consecuencia del delito que cree un impedimento físico de por vida (muerte, amputación, castración o esterilización, intervención neurológica, etc.), como también cualquier consecuencia jurídica imborrable del delito. Como veremos oportunamente con más detalle, la republica puede tener hombres sometidos a pena, “pagando sus culpas” pero no puede tener “ciudadanos de segunda”, sujetos considerados afectados por una “capitis diminutio” por vida. Toda consecuencia jurídica de un delito -sea o no una pena- debe cesar en algún momento, por largo que sea el

tiempo que deba transcurrir, pero no puede ser perpetua en el sentido propio de la expresión” (Manual de Derecho Penal Parte General, 1994, pág. 139).

Conforme lo anterior, es correcto afirmar que según el autor el principio de humanidad va a dicta lo que vendría a ser la inconstitucionalidad de cualquier pena que va a crear un impedimento físico para toda la vida, por lo que este principio va a exigir un contenido y a su vez una extensión de la pena que no van a ser contrarias a la dignidad personal del reo, por lo que se va a tener a los sujetos con pena pagando sus cupas, pero asimismo indica de que no puede existir un ciudadano de segunda mismos que vana estar afectador por una disminución de capacidad de por vida, por lo tanto se sabe que toda consecuencia jurídica de un delito, se vea o no una pena, terminara en algún momento, no pudiendo ser perpetua.

2.2.5 Integración e interpretación de las leyes penales

Las normas elaboradas por el legislador requieren ser aplicadas, pero primero interpretadas. Como bien señala POLAINO NAVARRETE:

“La interpretación del derecho representa, dentro de la vida del derecho, un estadio imprescindible, insustituible: toda norma jurídica requiere de una interpretación, o lo que es lo mismo: no hay aplicación sin interpretación” (Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 206).

Conforme lo anterior, es correcto afirmar que no existiría una aplicación sin una debida interpretación, debido a que la misma busca sobrepasar las barreras del lenguaje, puesto que dentro de la vida del derecho es meramente imprescindible realizar una

interpretación exacta, ya que nos permitirá apreciar de mejor manera la importancia que requiere las misma, evitando susceptibilidades que puedan llevarnos a la ambigüedad.

El mismo autor refiere que:

“(…) el intérprete directo o inmediato de la ley es el juez: se trata, pues, de una tarea eminentemente jurisprudencial. El juez o tribunal encargado de enjuiciar el caso aplica la norma, esto es, la somete indefectiblemente a un proceso de interpretación, que consiste en analizar el supuesto de la realidad y comprobar si es subsumible en un tipo legal del delito (proceso de subsunción)” (Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 206).

Dicho de otro modo, será el juez el encargado de estudiar el caso concreto y determinar si éste se ajusta al tipo penal analizado, de manera que corresponda o no la aplicación de un tipo penal a partir de la determinación de su culpabilidad.

Nos dice POLAINO NAVARRETE que:

“En el derecho romano clásico regía el apotegma in claris non fit interpretatio, en virtud del cual se tendía a configurar las leyes de la manera más clara posible de modo que no precisaran de interpretación. Esta idea ha llegado hasta nuestros días: para MONTESQUIEU, el juez ha de ser “la boca que pronuncie las palabras de la ley”. Sin embargo, la claridad absoluta de las leyes, hasta el punto de hacer innecesaria su interpretación, es una utopía, una aspiración inalcanzable: como gráfica y acertadamente afirma DORADO MONTERO “no solo las leyes oscuras o equivocadas deben ser interpretadas; lo han de ser todas, incluso las clarísimas. Toda norma ha de ser aplicada y toda

aplicación, por muy clara que sea la norma, precisa una interpretación” (Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 207).

Históricamente, como en el Derecho Romano se procuraba que las normas sean lo más precisas para que no exista un margen de interpretación. Sin embargo, cuando las sociedades evolucionan y tienden a relacionarse, es allí donde la relación surge los conflictos, por ello es la participación de las normas para poder regular dichos comportamientos. Por ello, es importante utilizar los distintos métodos de interpretación porque las normas no son claras. Como es en la presente tesis donde cuestionamos la deficiencia técnica legislativa en la regulación del instituto jurídico de la reincidencia.

Ahora, solo existe el deber de interpretar. Creemos que no, puesto que puede existir que se puede integrar la norma, como señala POLAINO NAVARRETE:

“La aplicación de los preceptos penales, y por tanto, la interpretación de los mismos, origina enconados problemas en ocasión de difícil solución. Por ello, existen algunas operaciones o procedimientos lógico-jurídicos tendentes a desentrañar el tenor literal de una ley. Dentro de esas operaciones pueden distinguirse la integración y la interpretación, aunque la primera se concibe a veces como una modalidad de la segunda” (Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 207).

La diferencia entre integración e interpretación es difícil de establecer, y es POLAINO NAVARRETE quien encuentra las siguientes diferencias entre ambas operaciones lógicas:

- **Ámbito de la operación lógica:** mientras la interpretación se centra en averiguar el sentido de los mismos elementos de la norma (que pueden adolecer de escases de claridad, ambigüedad u oscuridad), la

integración consiste en rellenar (integrar) el contenido de los elementos de una norma con otros elementos que se hallan fuera de la misma (es preciso acudir a otras instancias normativas diferentes): la interpretación actúa desde dentro; la integración hacia afuera.

- Aspecto formal o substancial: mientras la interpretación se refiere al sentido de la norma (voluntas legis: aspecto formal), la integración lo hace al contenido de la norma (aspecto substancial)” (Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 207).

Del mismo modo, para ilustrar las diferencias antes descritas, el referido autor menciona:

“Ejemplo de integración: el art. 325 CP español de 1995 incrimina el tipo básico del delito ecológico, que sanciona al que “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, etc.”, para averiguar el alcance concreto del tipo no basta con su tenor literal, sino que hay que acudir a otras normas, se trata de una ley penal en blanco, cuyo contenido hay que rellenar, o sea, integrar, acudiendo a esas leyes u a otras disposiciones de general. Viendo y analizando el tenor del tipo no puede decirse cuando se concreta este delito o no. Y ello al margen de la garantía de taxatividad, precisión y claridad por parte del legislador se echa en falta.

Ejemplo de interpretación: “el que matare a otro ...”. Observando el tipo se sabe que la voluntad legis es sancionar al que cometa un homicidio: no hace falta acudir a otro sitio, porque ya se tiene el contenido regulado en su integridad. Pero lógicamente hay que

interpretar (aplicar el tipo a un supuesto, subsumir este en el tipo) ese concepto normativo “matar”: significa matar a una persona, y no a un animal (si se mata a un perro o a una mosca no se comete homicidio), matar a una persona sin que concurra legítima defensa (matar a una persona en legítima defensa no es delito de homicidio, sino acción justificada), etc.” (Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 208).

Sobre esta cuestión, creemos que la diferencia entre la interpretación e integración podemos verlas entre completas e incompletas. Es decir que, la interpretación en su redacción se encuentra completa, pero necesita ser aclarada por parte de la misma normatividad. Ejemplo cuando se habla del concepto de funcionario o Servidor Público. Sin embargo, en la integración la norma jurídica –en el caso penal- necesita de otra para ser aplicada. Ejemplo: En el Perú nos encontramos en el artículo 234 regula el delito de acaparamiento sancionar tanto al fabricante, productor o comerciante que ponga en venta productos de primera necesidad superiores a los fijados por el Estado, es decir, que el tipo penal requerirá alguna normatividad en la cual, la autoridad competente fije los precios a los productos de primera necesidad.

2.2.6 Reglas que rigen la interpretación

¿Existe la libertad de interpretación? Creemos no, puesto que la interpretación como cualquier otra ciencia, debe tener reglas para poder ser generales en su aplicación. Es por ello que el autor colombiano VELASQUEZ, que “en la búsqueda de que la tarea del intérprete no se desborde, se establecen diversos postulados que actúan a manera de barreras de contención, de controles, con

plena vigencia en el derecho positivo” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 137).

Por lo que, compartimos la posición del profesor colombiano cuando que debe existir un límite para explicar el derecho positivo. Por ello el profesor colombiano, establece las siguientes reglas:

“En primer lugar, deben indagarse la voluntad del legislador plasmada en la ley y el sentido objetivo del texto” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 137).

El primer criterio de interpretación es la voluntad del legislador que permite identificar la exposición de motivos por la cual se ha dado la creación de dicha ley. Eso permite que analicemos los proyectos de ley como en el caso peruano o las discusiones en las comisiones del congreso quienes analizaron la incorporación de dicha ley. Por eso, resulta ser importante identificar la voluntad que ha tenido el legislador para poder interpretar la norma.

“En segundo lugar, no debe tomarse en cuenta el momento de elaboración de la norma, sino el de su aplicación” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007).

Cuando nos encontramos frente a la “necesidad de aplicación”. Por decir, que siga vigente el Código Penal de 1940 que castigaba la bigamia como delito. Es cierto que, la norma en momento de creación tuvo una concepción religiosa que sancionaba tener relaciones amorosas con una persona que no fuese su esposa. Situación que en la actualidad no podría porque la infidelidad hasta resulta ser tolerada por parte de la sociedad.

“Así mismo, en tercer lugar, las normas deben analizarse en armonía con el texto constitucional (interpretación según la Constitución) y con los pactos internacionales incorporados al ordenamiento; esto es, el llamado principio de la jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*). Es de tal trascendencia este axioma que, de todas las interpretaciones posibles que admita un texto legal, debe preferirse siempre aquella que mejor concuerde con la Constitución, aunque —debe advertirse— ella no debe traspasar los límites trazados por el tenor literal de la ley ni por su finalidad de la misma” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, págs. 137-138).

Cuando el profesor colombiano señala la primacía de la constitución sobre las demás leyes de menor jerarquía. Por ello, la ley penal debe tener una concordancia con los principios de rigen la constitución. Por ejemplo: se tiene consagrado en la Constitución Política del Perú en el artículo 139 la proporcionalidad de la pena con el delito cometido.

“En cuarto lugar, las consagraciones legales deben analizarse dentro del contexto sistemático, esto es, se le debe dar cabida en toda su extensión al principio de la unidad sistemática (...)” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 138).

Al tratar de definir la interpretación sistemática, es hacer una interpretación en base a todo el ordenamiento en la cual se regula. Es así, para poder interpretar una norma establecida en la parte general se podrá recurrir sistemáticamente al sistema que rigen el Derecho Penal, es decir al Código Procesal Penal, al Código de Ejecución Penal o leyes especiales que las rigen. Importante señalar, que dicha interpretación concibe que el “Derecho Penal”

en su conjunto tiene que está en armonía y milimétricamente calculada como las ruedas de una carroza.

“Igualmente, en quinto lugar, lo decisivo en la operación mental en estudio es el fin que el legislador quiso plasmar al regular la norma y la tarea del intérprete es desentrañarlo; como se dijo, ella está presidida por el criterio del bien jurídico” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 138).

Una interpretación donde se debe recurrir a la historia de la ley, es decir, los antecedentes que motivaron dicha modificatoria incluyendo los motivos legislativos de la norma. Aunque podría haber una confusión con la interpretación legislativa o también llamada auténtica, la diferencia es que la interpretación histórica puede recurrir incluso a los antecedentes legales, es decir a lo que estuvo regulado antes de la incorporación o modificación de dicha ley penal. Por ello, creemos que es más extensivo que la interpretación auténtica.

“En sexto lugar, la labor interpretativa no debe realizarse buscando beneficiar o perjudicar al transgresor de la ley penal (...)” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 138).

Cuando hablamos de una interpretación que debe ser neutral, es decir, encontrar el verdadero sentido de la norma sin tratar de beneficiar o extender la responsabilidad del autor. Ahora, solo puede favorecer al reo en caso que exista conflicto de leyes, en las cuales claramente deberá aplicarse en lo que favorezca en mayor medida al reo.

“También, en séptimo lugar, debe tenerse en cuenta que la interpretación propuesta inicialmente no es una

camisa de fuerza para el analista, quien, para garantizar una justicia recta, puede mudarla cuantas veces sea necesario, con tal de que no se ponga en peligro la seguridad jurídica en obsequio del capricho” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 138).

Cuando encontramos la mutabilidad que pueden tener la interpretación de acuerdo al contexto y a la situación del caso en concreto. Por ello, cuando una ley penal puede ser entendida de una manera y de otra, cuando se creen nuevas leyes especiales que pueden darle otro significado a dicho precepto, por ejemplo: En el delito de peculado, puede ser cometido por un funcionario o servidor público, sin embargo, se pone en debate las personas que tienen una relación esporádica con el Estado –como asesores externos de la municipalidad- tengas responsabilidad en dicho delito. Es por ello, que luego una norma puede aclarar dicha situación para poder sancionar a dichas personas.

2.3. La pena

Cuando hablamos de la pena, sabemos que la misma es una consecuencia jurídica que acarrea un delito ocasionado por un sujeto, siendo esta una sanción penal que este caso va a derivar de los fines que persigue un Estado, por lo que la pena será un medio que utiliza un Estado para reaccionar frente a un delito cometido, expresándose como una limitación de derechos del responsable infractor.

Según VILLAVICENCIO indica que:

“La pena es a característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad. La forma de control social formal, hasta su actual desarrollo, supone la

aplicación de una pena. En realidad, toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función. Por ello, cualquier rol que señale el Estado para la pena, lo señala también para el Derecho Penal” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 45)

Sobre esta concepción podemos inferir que, si bien es cierto que existe una relación estrecha entre el Derecho Penal y la pena, ya que esta es una función que debe de cumplir el Derecho Penal, misma que es señala por el Estado.

Por lo que VILLAVICENCIO señala que:

“La pena esta relación con conductas socialmente desvaloradas de las personas, siendo, por consiguiente, una consecuencia jurídica asignada a cualquier individuo que haya realizado un hecho punible contrario a la norma. Sin embargo, la pena es ajena a la norma”

Siendo así que la pena pues sería una consecuencia lógica del delito, la cual va a consistir en privar o restringir ciertos derechos del transgresor que en este caso debe de estar previamente establecida en la ley y que a su vez será impuesta a través de un proceso en razón al delito que se ha cometido.

Continua VILLAVICENCIO exponiendo que:

“La pena es un mal e implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana. Sin embargo, su aceptación o negociación categórica dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico. Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitado al poder penal (prevención general y especial), pero sin embargo faltaría comprobar si en la realidad se cumple o se hace efectiva dicha utilidad. Si el Estado asume el cumplimiento de la utilidad de la pena y con ello logra sus efectos, el poder penal habrá sido ejercido satisfactoriamente, pues se habrá sujetado a los límites preventivos.” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 46)

Por lo que señalamos que en caso de que se de lo contrario pues el poder penal no ejercería sus efectos, siendo así que la pena se estaría utilizando sin lograr dichos fines, limitando la utilidad del Derecho Penal, siendo esta completamente ilegítima. Ahora, sin embargo, debemos precisar que VELASQUEZ respecto a este tema, lo siguiente:

“La pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuestos por el órgano jurisdiccional competente a la persona que ha realizado una conducta punible, acorde con las pautas legales correspondientes; tarea básica de la pena es la protección de los bienes jurídicos, para asegurar la coexistencia humana en sociedad aunque, en alguna medida también tiene contenido restaurador del orden jurídico quebrantado por la infracción a la ley penal” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 513)

A este aspecto mencionado líneas arriba, nos indica que la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos, indicando que se limitan derechos personales, con lo cual se indica que se le recortan al ser humano intereses vitales para él, tales como su patrimonio, vida, honor y sobre todo su libertad: por otra parte nos habla de lo impuesto por el órgano jurisdiccional, donde se hace referencia que sobre el hecho, solamente el juez legal, constitucional o natural está autorizado para imponerla, ello conforme a ley como lo refleja el principio de jurisdiccionalidad, finalmente se menciona que esta será atribuida a la persona que ha realizado una conducta punible, siendo así que aquellos sujetos que en este caso realicen una conducta típica, antijurídica y a la vez culpable, serán acreedores de una pena criminal lo cual debe realizarse según a las pautas legales correspondientes, siendo así que la actividad del que juzga se encuentra demarcada por el legislador, lo cual supondría una idea de merecimiento de la pena, siendo esta una medida que la conducta punible cometida conforme una desaprobación que traerá consigo un castigo.

Asimismo, BRAMONT ARIAS y BRAMONT ARIAS TORRES señalan con respecto a la pena que:

“Es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de dicha infracción” (Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 1994, pág. 228)

Por lo que, VON LISZT expone que:

“La pena es el mal que el Juez penal inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.” (Tratado de Derecho Penal, 1929, pág. 197)

A este aspecto, concordamos con el autor al indicar que si bien es cierto la pena es un castigo que en este caso es establecido por la ley y que como retribución ha de infligirse en este caso a quien cometa algún delito, con la finalidad de mantener un orden jurídico. Asimismo, VON LISZT menciona dos caracteres esenciales que forma el concepto de la pena siendo que:

“1. Es una lesión sufrida por el autor en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, la libertad, la propiedad o el honor del delincuente; y 2, es el al mismo tiempo una reprobación tangible del acto y del autor.” (Tratado de Derecho Penal, 1929, pág. 197)

Por lo que al observar estos caracteres podemos inferir que en el primero reside el efecto preventivo-especial de la pena; y en el segundo en el efecto preventivo-general.

2.3.1 Características

Ahora bien, según a lo anteriormente señalado, también se le puede atribuir a la sanción criminal las siguientes características, mismas que distinguen de otras consecuencias jurídicas que son importante en otros sectores del orden jurídico, por lo que según VELASQUEZ expone las siguientes características:

“ A) Humana: Se le asigna este rasgo, al estudiar los límites materiales al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el derecho penal se inspira en el principio de dignidad de la persona humana, verdadera columna vertebral del Estado social y democrático de derecho , este axioma más general arropa dentro de sí el del respeto a la integridad del ser humano, esto es, el imperativo en cuya virtud se debe preservar a toda costa la indemnidad personal o la incolumidad de la persona como ser social” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 514)

Sobre esta cuestión, se asemejaría a lo que vendría a ser el principio de humanidad, por lo que los medios utilizados en este caso por el legislador, no atenten contra la dignidad del sujeto y a su vez se conviertan en un instrumento de sometimiento y desigualdad, no habría sanción penal sin considerar a la persona como un ser humano, debido a que ella no puede afectar al individuo en su dignidad como ser social que es, otra segunda característica según VELASQUEZ:

“B) Legal: Esto en razón a que el castigo debe sujetarse en todo al principio de legalidad de los delitos y de las penas, el más importante límite formal al ejercicio de la actividad punitiva del Estado que, para el caso, comprende esta última expresión de dicho apotegma tanto en el plano de las prerrogativas o privilegios sustanciales, procesales, como de ejecución penal, de carácter humanitario y resocializador.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 515)

Llamado de otra forma como el principio de la ejecución de la pena, reconocimos también por el orden jurídico, por lo que la pena se deberá imponer según acorde lo ordena en la ley, así como también

con la sustracción de sus preceptos a la arbitrariedad de los juzgadores, por lo que para ser impuesta se va a requerir necesariamente de la ejecución legal, tanto de su duración como de su contenido, tenido así una tercera característica menciona por VELASQUEZ:

“C) Determinada: Como la pena está restringida por el postulado de determinación, de certeza o de taxatividad, que es derivación del axioma de legalidad, como se ha dicho, el legislador esta compelido a consignar en la ley sanciones penales claramente determinadas en lo que toca con su clase, duración, cantidad, monto, etc.; las penas, pues, tienen que ser expresas, precisas, manifiestas, concretas, para que no haya duda alguna en lo atinente a su alcances y cometidos” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 515)

Esta característica cumple un papel fundamental debido a que, si el propio codificador no lleva a cabo de forma adecuada dicha tarea, la actividad del juzgador se verá completamente imposibilitada, por lo que el juez se verá imposibilitado de cumplir con sus funciones, por lo que VELASQUEZ menciona una cuarta característica:

“D) Igual: También, el castigo se aplica a todos los infractores de la ley penal, sin hacer distinciones de ninguna naturaleza en consideración a su edad, clase social, jerarquía, sexo, raza, nacionalidad, etc. Este atributo de la pena estatal, sin duda, es una emanación del principio de igualdad material ante la ley pena, el que impone un trato semejante para los casos iguales y uno desigual para los diferentes.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 516)

Con lo indicado anteriormente pues no hace referencia netamente al derecho a ser igual, si no a la de ser tratado de forma igualitaria frente a las situaciones similares en cuando al ámbito punitivo, siendo así que en el Derecho Penal, el juez tendrá que tener en cuenta los criterios de diferenciación que en este caso va a imponer el axioma de igualdad, para así poder determinar la pena que se le va imponer al sujeto, fundándose en pautas como vendría a ser la razonabilidad de la diferenciación, la proporcionalidad de los medios que están incorporados en la norma, una quinta característica expuesta por VELASQUEZ donde nos habla de:

“E) Proporcional: Pues, según el postulado más general de la prohibición de excesos de sonde se deriva esa nota, la pena debe corresponderse con la gravedad y entidad de la conducta punible cometida, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los delitos más atroces, y las leves, para los de menor rango, justamente, una de las conquistas de moderno derecho penal, desde la época de C. Beccaria, es el rechazo a la imposición de sanciones iguales a infracciones a la ley penal de diversa gravedad.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 516)

Por lo que, con respecto a lo señalado, podemos indicar que la proporcionalidad debe de ser de índole cualitativa debido a que la infracción de diferente naturaleza deberá de castigarse con penas que sean también diferentes, como cuantitativa, en cuanto a que cada conducta que es punible le deberá de corresponder una sanción que se compadezca con su importancia, como sexta característica VELASQUEZ nos menciona:

F) Razonable: Igualmente, la sanción penal imponible en el caso concreto debe ser fruto de una tarea de determinación judicial ajustada a las leyes de la prudencia, el equilibrio, la moderación y la

sensatez, como que el derecho penal está inspirado en el principio de la razonabilidad” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 517)

Sobre lo expuesto anteriormente es importante mencionar que esta característica que al lograr una pena adecuada para los fines perseguidos, se obtendrá un equilibrio entre las relaciones del ciudadano infractor contra los bienes jurídicos más relevantes, por lo que Estado salvaguardara mediante una respuesta equitativa y justa a su vez, siendo así que la razonabilidad de la sanción penal ira a su vez conjuntamente de la idea de la proporcionalidad, por lo que menciona VELASQUEZ una séptima características:

“G) Necesaria: En el seno de un derecho penal de garantías, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona humana y dentro del marco trazado por el principio más general de la necesidad de intervención, postula que el derecho penal solo tutela aquellos derechos, libertades y deberes que sean imprescindibles para el mantenimiento y conservación del orden jurídico, frente a aquellos ataques que se realizan contra este considerados como los más intolerables, la sanción penal imponible solo puede ser aquella que se indispensable para concretar en la realidad el programa político criminal que el legislador ha diseñado, y la que reporte un mínimo daño posible para el penado, todo ello inscrito en el marco de la prevención de nuevos delitos; ello tiene su razón de ser desde la perspectiva de las filosofías utilitaristas.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 517)

Por lo que, con respecto a lo mencionado podemos inferir que la pena, se les puede imponer a aquellos transgresores que han realizado comportamientos de nocividad, daños a la sociedad, pues es aquí donde el autor debe repercutir sobre los bienes jurídicos,

amenazándolos o lesionándolos de manera concluyente, por lo tanto, esta sería merecida por lo que se necesita de la pena, como positivamente necesario, por otra parte, el autor VELASQUEZ menciona una octava característica consistente en:

“H) Judicial: Así mismo, como producto de que el derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho tiene que estar asentado sobre el postulado del juez constitucional, legal o natural, límite formal al ejercicio de la potestad punitiva estatal, la imposición de la pena solo les está reservada a los órganos jurisdiccionales competentes, a los tribunales de justicia debidamente constituidos, que deben aplicarla solo cuando medie la comisión de una conducta punible del agente, con lo que se mantienen las bases del orden jurídico y se logra el aseguramiento de la vida comunitaria.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 518)

En cuanto a este punto podemos referir que si bien es cierto la imposición de la pena se debe imponer siguiendo el rito procesal ordinario, para que de esta forma se le brinde al reo la posibilidad de poder disfrutar todas las prerrogativas y garantías que el Estado de derecho asegura, con la finalidad de llegar a una convivencia social, como una novena característica VELASQUEZ menciona la:

“I) Individualidad: En virtud de que la pena estatal es estrictamente personal, y de que ella solo puede alcanzar a quien ha transgredido la ley penal en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se encuentran ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por los vínculos de amistad, credo político o religiosos, sangre, afectos, etc., como lo impone el principio de culpabilidad o de

responsabilidad subjetiva.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 518)

Por lo que, la pena será netamente transgredida para que sujeto que ha sido participe de un comportamiento punible, por lo que a cada persona ha de corresponderle una pena que será netamente individualizada para el sujeto dentro de los márgenes que son marcados por el legislador, teniendo en cuenta también el grado de participación, siendo así que VELASQUEZ menciona una décimo primera característica indicando que es:

“J) Irrevocable: La imposición de la pena esta presidida por la idea de permanencia, de duración, de persistencia, en realidad una consecuencia del postulado más general de la cosa juzgada” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 519)

Véase pues en cuanto a las antes referido se tiene que la pena que es una vez impuesta, se debe de cumplir la misma estrictamente sin que sea susceptible de suspensión, modificación o revocación, por lo que el juez en un caso concreto a través de una sentencia que está debidamente ejecutoriada, realizará la individualización de la pena, emitiendo así una decisión irrevocable que deberá de ser debidamente ejecutoriada, finalmente VELASQUEZ menciona la décimo segunda característica indicando que es:

“**K) Pública:** También, la imposición de las consecuencias jurídicas está presidida por la idea de difusión, de comunicación de ese hecho tanto al reo como a los asociados; por eso, desde la época del pensamiento penal ilustrado, se ha proclamado la necesidad de que las sanciones se hagan públicas, conocibles de tal manera que no solo la opinión pública pueda enterarse del comportamiento de sus jueces, sino también el directamente afectado, a quien, con base en un rito preestablecido, como

consecuencia de la vigencia del axioma del debido proceso legal, se le debe de notificar en forma debida, para que pueda impugnar la decisión que las contiene, de conformidad con los recursos previstos al efecto por la ley procesal penal.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 520)

Por lo tanto, en cuanto a lo antes referido pues no será posible que el funcionario custodie el resultado de dicha tarea, no pudiendo llevar a cabo de manera privada.

2.3.2 Justificación de la sanción penal

Cuando tratamos de encontrar ¿por qué de la pena? Es una respuesta por la cual necesitamos citar a algunos autores, por la diversidad de opiniones que se tiene al respecto. Por ello, encontramos que RUSCONI nos dice en referencia a este tema, lo siguiente:

“Tradicionalmente, las reflexiones introductorias sobre el Derecho Penal han optado por ocuparse de la justificación moral o filosófica del castigo estatal. Como lo ha afirmado ROXIN: “La pregunta acerca del sentido de la pena se plantea, nueva, en todas las épocas”.

El debate alcanzó un nivel de definición similar al actual ya hacia fines del siglo XX. Sin embargo, el tema ha tenido en la ciencia penal una presencia tan interrumpida como, a nuestro juicio, poco relevante, si se observa el desarrollo actual del sistema del hecho punible desde el ángulo del fundamento último de las más recientes discusiones dogmáticas.

El estudio de la función de la pena o su propia justificación ética han atraído la atención de filósofos y juristas de todos los tiempos; pero, a pesar del esfuerzo dedicado, no se ha llegado a elaborar una respuesta definitiva a los

interrogantes principales” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 61).

Cuando se habla de la justificación de la pena, creemos que se debe analizar desde la sociedad donde se regula, el sistema político con el que rige. Decimos lo anterior porque la primera pueda concebir a la pena como una mal necesario, que sirve únicamente para “castigar” al que infringe un bien jurídico de la sociedad, sin embargo, en otras sociedad la pena podría justificarse como una oportunidad para que el penado pueda volver a la sociedad. Es decir, que su concepción será hasta de manera particular, por ello es que genera diversas posiciones y cuestionamiento como bien señala RUSCONI:

“¿Por qué sancionar?, ¿para qué o con qué fin aplicar una pena? ¿Cuáles son las condiciones de legitimidad de la aplicación de castigo estatal? Son algunas de las preguntas que circulan satelitalmente alrededor del problema principal. Semejantes interrogantes no han provocado, sin embargo, respuestas definitivas y, mucho menos, contundentes.

Por otro lado, se ha planteado que existe una estrecha relación entre la función que se le atribuya a las normas y las teorías de la pena, ya que, según esta tesis, toda teoría de la pena refleja de alguna manera la función que debe cumplir el Derecho Penal, lo que a su vez se vincula directamente con la forma de legitimación del castigo estatal” (Derecho Penal Parte General, 2016, págs. 61-62).

Al no encontrar una respuesta definitiva en la cual se pueda definir para que sirve la pena o el Derecho Penal. Si sirve para sancionar conducta, para reprimir comportamientos o simplemente como un acto de venganza. Por ello, ante tales posiciones surge

necesariamente la teoría de la pena (absoluta, relativa o mixta) donde cada uno tiene una percepción o la función en la cual está fundamentada la penal.

Por ello, BUSCONI hacia las teorías de la pena ampliamente desarrolladas por otros autores indica:

“Creemos que nada de ello es totalmente cierto y, en todo caso, el estudio de las teorías de la pena puede prescindir absolutamente, y por lo menos desde este tipo de planteos, de este punto de partida y de sus consecuencias. Como lo desarrollaremos más adelante, el trabajo del jurista se relaciona mucho más con los límites, con la contención republicana del poder penal, que con una muy discutible justificación del poder que se le presenta, en verdad, como una manifestación de violencia que, en todo caso, es difícil de justificar atendiendo a la plataforma que plantean las principales tesis de justificación de la pena y las enormes dificultades que poseen para ofrecer una demostración empírica de sus tesis” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 62).

Compruebase que es importante, que el límite del fundamento de la pena, se basará de acuerdo a la teoría de la pena que asuma un país. Recordemos en las primeras épocas de la esclavitud, la sociedad concebía a la pena como un sistema de venganza, teoría absoluta de la pena, sin embargo, con el reconocimiento de los Derechos fundamentales de 1789 –revolución francesa- trae consigo una revolución no solo de la persona, sino la concepción de la pena.

Aunque en el Perú asumimos la teoría mixta de la pena, mucho se ha criticado que el sentido de la pena es simplemente venganza; porque la deficiencia en el sistema penitenciario, como el

hacinamiento que es un grave problema en la sociedad peruana, hace poco probable la reinserción del penado a la sociedad, generando una gran cantidad de reincidentes los cuales no comprenden a su magnitud la ilicitud de su comportamiento.

Ahora, para resumir las teorías de la pena, es necesario seguir citando a RUSCONI cuando indica:

“Sin embargo, es posible hallar corrientes que se han visto enfrentadas al sostener distintos principios legitimantes del Derecho Penal. En el marco de una división, quizás, exageradamente simple, (pdp) de los puntos de partida que se han ofrecido para fundamentar la legitimación del castigo estatal, es posible advertir, por lo menos, dos grandes corrientes conceptuales. La primera reside en la idea de que la pena se justifica no en razones “externas” sino en la esencia misma del valor justicia. El castigo es, para esta tesis, retribución justa por la infracción de la norma, el sujeto infractor debe pagar su culpabilidad. El calificativo de estas teorías de “absolutas” se explica en la ausencia de una búsqueda de justificaciones que provengan de fines distintos que la propia aplicación de la ley al infractor. Se busca una explicación de la pena que solo se concentra en una mirada “hacia atrás” y referida a lo que el sujeto merece por el hecho mismo (que también es, obviamente, parte del pasado). Esta idea, como veremos, ha estado muy apoyada en el llamado idealismo alemán. En particular los representantes más protagónicos de esta tesis de justificación ética de la pena son Kant y Hegel” (Derecho Penal Parte General, 2016, págs. 62-63).

En esencia el autor en primer lugar desarrolla la teoría de la pena retributiva donde concibe a la pena como una retribución justa con

el hecho cometido. Aunque mucho se ha criticado a esta teoría porque lo único que busca es la denominada “ley del talión”

Al respecto, LESCH sostiene la teoría fundamental retributiva y compensadora de la culpabilidad:

“Que articula y combina postulados propios de las teorías absolutas junto a premisas práctico-utilitaristas” (Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español, 2004, pág. 208).

LESCH considera correcta la diferenciación realizada por JAKOBS entre las denominadas normas de la naturaleza y las normas sociales. “Las primeras dan lugar a expectativas cognitivas como “los árboles no caen” y pueden asegurarse por la vía del conocimiento. Por su parte, las normas sociales generan expectativas sociales como “el compañero de clase no me hurtará la cartera”, las cuales permiten regular nuestras relaciones” (Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español, 2004, pág. 208).

El problema se presenta cuando las denominadas normas sociales son quebrantadas y la sociedad espera una reacción frente a dicho quebrantamiento; por ello, es que la pena es contemplada con un nexo de causalidad, porque es la consecuencia del quebrantamiento de una ley penal.

Sin embargo, para AGUDO FERNANDEZ la pena tiene un significado muy concreto, ya que demuestra que el comportamiento contrario a la norma del autor no marca la pauta, y que la norma en cambio mantiene su vigencia. La pena sirve por tanto para la estabilización de expectativas que se pueden abrigar en la vida social y que en caso de defraudación no deben decaer, sino que pueden mantenerse contrafácticamente. La pena significa en este sentido que todos pueden confiar en la vigencia de la norma, por lo que su contenido no es, pues, que el autor en el futuro no delinea, sino únicamente que es correcto confiar en la vigencia de las

normas (Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español, 2004, págs. 209-210).

Es así, que analizando la teoría de la pena conjugada con una definición de la pena, es que recurrimos a la teorías especiales de la pena, nuevamente citando a RUSCONI, quien indica:

“Las segundas, las teorías denominadas preventivistas, por otro lado, han buscado aquello que han omitido las teorías absolutas: la pena estatal se justifica en los efectos que logra para la prevención del delito, ya sea actuando sobre la comunidad (prevención general negativa: Feuerbach) o sobre el infractor (prevención especial: Von Liszt).

Ambas posturas han sido merecedoras de importantes cuestionamientos (que a continuación desarrollaremos), y ello ha llevado a la elaboración de otras teorías alternativas que pretenden superar las críticas que se han formulado y que han intentado hacerlo tomando los elementos considerados valiosos de las posturas tradicionales (teorías de la unión)” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 63).

Cuando encontramos la teoría especial de la pena, es decir que la pena va a tener una función preventiva especial cuando trata de reincorporar al penado a la sociedad; es decir, busca dar una nueva oportunidad al condenado para que forma para nuevamente de la sociedad. Ahora, la teoría de la prevención general, busca en la pena busque concientizar a la sociedad, a no cometer los hechos que dieron lugar a una pena. Por último, encontramos la teoría de la unión que mezcla estas dos teorías de la pena.

Es claro, que nuestra justificación la necesidad de la pena, es resultado de la teoría de la pena que hemos desarrollado someramente en el presente sub título, hecho que nos faculta a

seguir investigando ya de manera más específica las teorías de la pena, la cual será desarrollada en las líneas posteriores.

2.3.3 Determinación judicial de la pena

Se tiene que, una vez que se establece la existencia de un hecho netamente delictivo y a la vez estando vigente el interés del Estado por sancionar dicho hecho, es necesario establecer la consecuencia jurídica que acarrea ello, donde incluye cuestiones como la de un establecimiento de un marco punitivo para cada hecho punible.

VILLA STEIN señala que:

“La pena se determina en la ley- determinación legal- y con el Juez –determinación judicial-“ (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 574).

Compruébese, con lo antes referido que la determinación judicial de la pena viene a ser un punto muy importante y a la vez fundamental, debido a que la misma va a determinar la más difícil decisión y también la aplicación de las consecuencias jurídicas que acarrea un delito, por lo tanto esto se va a tratar de un procedimiento técnico que será valorado para imponerse la pena correspondiente, ya sea al autor director o al partícipe del hecho punible, por lo que va a tener como función medir e identificar las dimensiones tanto cualitativas como cuantitativas de las consecuencias jurídicas que en este caso va a corresponder al sujeto partícipe o en otras palabras al culpable de un delito, esta a su vez será llevada por el juez de acuerdo a su gravedad, naturales y forma de ejecución.

2.3.3.1 Definición.

En palabras de HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA:

“En las sentencias penales se tipifica la conducta atribuida al acusado a través del juicio de subsunción determinándose si es inocente o culpable. En los casos donde el juez concluya una sentencia condenatoria, deberá determinar la clase e intensidad de las consecuencias jurídicas que va a imponer al condenado, individualizándolo la sanción.

Para fundamentar el tipo de pena y su extinción, el juez debe apreciar todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, las cuales condicionarán la antijuricidad del hecho imputado y servirán para fundamentar y limitar la culpabilidad del agente. La fijación de la pena debe realizarse dentro de los márgenes previstos en la disposición legal correspondiente, empleando, culpabilidad y proporcionalidad (arts. II, IV, V, VII y VIII). Así también, las reglas previstas en el código sobre la individualización y determinación de la pena.

Por un lado, según el artículo 45 se deben considerar las carencias sociales que hubieran sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, los intereses de la víctima, de su familia, o de las personas que de ella depende. De otro lado, la conformidad de los artículos 46, 46-A, 46-B y 46-C, se debe tener una cuenta de circunstancias que modifican la responsabilidad penal; de cuya valoración el juez determinara la mayor o menor gravedad

del injusto, así como el mayor o menor grado de culpabilidad de autor o participe que lo cometió” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 325).

Con base en lo anteriormente acotado, podemos indicar que la determinación judicial de la pena constituye aquel proceso por el cual el juez deberá tomar en cuenta los hechos acaecidos y la pena establecida en la norma para los mismos, de manera que decidirá el tipo y cuantía de la sanción a aplicar.

En el Perú en nuestro Código Procesal Penal del 2004, hemos asumido la teoría de los tercios en la determinación judicial de la pena. Por ello, encontramos que la pena se separará en tres aspectos: tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior. Sin embargo, dicha situación no es aplicada para las personas reincidentes a las cuales se les puede aplicar el doble de la pena a imponerse.

Al respecto ARBOLEDA VALLEJO y RUIZ SALAZAR indican que:

“Se denomina determinación judicial de la pena a la fijación, que hace el juez en la sentencia, de la sanción penal aplicable al autor del delito. Anteriormente se hablaba de individualización judicial de la pena o de aplicación de la pena” (Manual de Derecho Penal, Partes General y Especial Tomo-A, pág. 375)

Continúa indicado JESCHECK citado por ARBOLEDA VALLEJO y RUIZ SALAZAR quien expone respecto a la determinación de la Pena que:

“Es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por

el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende, como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la imposición de medidas de seguridad, etc.” (Manual de Derecho Penal, Partes General y Especial Tomo-A, pág. 376)

Tal y como mencionan los autores el mismo será llevado por el juez para que así pueda determinar una pena concreta, eligiendo así una pena justa o adecuada de acuerdo al tipo, clase, intensidad de la pena, así como también en la forma de su ejecución, misma que será efectuada en cuando a la calificación de determinación cualitativa, y cuantitativa para que de esta forma se pueda efectuar dicho procedimiento, cumpliendo siempre con lo estipulado en la ley, con lo que finalmente se va a individualizar la pena concreta que se ha de aplicar a cada caso

2.3.3.2 Etapas de la determinación judicial de la pena

En primer lugar, tenemos la identificación de la pena establecida en la norma (pena abstracta) y en segundo lugar, se tiene la individualización de la pena concreta, las cuales pasaremos a desarrollar:

2.3.3.2.1 Identificación de la pena conminada

Respecto al inicio del proceso de la determinación judicial tenemos que el primer paso es:

“(…) precisar los límites de la pena o penas aplicables, en función de los límites mínimos y máximos que la ley prevé como pena conminada por la comisión del delito. Por ejemplo, en el caso del homicidio simple Art. 106, la pena básica o aplicable se extiende de seis años a veinte años” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 326).

Así, en esta etapa el juez deberá identificar el mínimo y máximo aplicable a cada caso concreto.

Al respecto, señala VILLA STEIN que:

“La pena, para cada tipo, la determina en principio, el legislador.

Se trata de la pena abstracta y sirve a los fines de la intimidación, esperándose una proporcionalidad a la también gravedad abstracta del delito.

La ley determina además las circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal y las penas para los tipos de autoría y participación en abstracto, así como para el supuesto teórico de imperfecta realización” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 574).

Encontramos que la pena abstracta simplemente será en base a lo establecido por el tipo penal. Por ejemplo, en el delito de violación contra la libertad sexual contemplado en artículo 170 del Código Penal Peruano, contempla una pena entre los 20 y

25 años de pena privativa de la libertad, siendo que el caso peruano la máxima pena será de 35 años de pena privativa de la libertad. Siendo que, en algunos delitos, la pena será de cadena perpetua, por ejemplo, cuando se cometa el delito de violación contra la libertad sexual cuando el sujeto pasivo del delito, sea una menor de edad.

2.3.3.2.2 Individualización de la pena concreta

La individualización de la pena se basa en la identificación en cuanto a la sanción concreta que se impondrá frente a un hecho delictuoso dentro del marco legal, misma que tendrá una determinación judicial al momento de emitir una sentencia.

En segundo lugar, tenemos que:

“Una vez determinado el tipo de pena y su extensión mínima y máxima, el juez individualizara la pena concreta teniendo en cuenta las circunstancias relevantes que pudiesen concurrir en el caso. Con esta pena individualizada que se impone al acusado declarado culpable se materializa el Jus Puniendi del estado.” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 326).

En esta etapa el juez deberá decidir exactamente qué pena aplicará, ubicándose dentro de los límites, y tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Es aquí, que el juez realizará la operación cuasi matemática del

sistema de los tercios para determinar la pena que tendrá el imputado.

Señala VILLA STEIN respecto a este punto que:

“Se trata de un juicio de imposición de pena, que hace el juzgador para adecuar la pena genérica con que el legislador conmina la conducta subsumida en el tipo, al caso específico que ha juzgado, tomando en cuenta ahora sí, los criterios ya mencionados de culpabilidad y prevención.

El proceso de determinación judicial de la pena pasa por precisar primero, qué pena corresponde: privativa de libertad, multa, etc. Se trata de una determinación cualitativa. Luego de escogida la pena, el juez fijará su quantum, en lo que se da en llamar, “determinación cuantitativa” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 575).

2.3.3.3 Clasificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Se puede indicar que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal son ciertos hechos, datos o situaciones, que son ajenos a la configuración del tipo, donde la ley les otorga la virtud de aprovechar como instrumento que ha de aportar la pena en cada caso concreto que se presente.

Señalan HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal son:

“Indicadores, objetivos o subjetivos, de cuya utilización se permite valorar tanto el nivel de gravedad del hecho punible cometido (antijuricidad del hecho) como la mayor o menor intensidad del reproche personal que se realiza contra quien lo cometió (culpabilidad del agente).

De esta manera se establece su responsabilidad penal y se fija el *quantum* concreto de la pena que se le debe imponer” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 327).

Los referidos autores señalan también que “atendiendo a las características de nuestra legislación penal, consideramos que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal pueden ser clasificadas según su índole, sus efectos y su relación con la pena conminada (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 327).

Así, desarrollaremos la clasificación realizada por los referidos autores:

2.3.3.4 Índole de las circunstancias

Las circunstancias comunes o genéricas:

“(…) están reguladas en el art. 46 y sirven para determinar la pena concreta de cualquier tipo de delito. Por otro lado, las circunstancias especiales o específicas se encuentran previstas en la parte especial del código y conciernen solo a determinados delitos. Por ejemplo, se tienen las previstas en el artículo 186 que regula las agravantes del delito de

hurto (artículo 185), y en el artículo 297 que prevé las del tráfico ilícito de drogas.

Asimismo, en ciertas ocasiones el legislador ha recurrido a tipificar algunas circunstancias con el objeto de calificar de modo particular un tipo básico. Por ejemplo, el tipo legal de parricidio (art. 107) está constituido por el tipo legal del homicidio simple y por la circunstancia agravante referida a la relación familiar existente entre sujeto activo y la víctima” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 327).

El autor resalta que las circunstancias genéricas van a ser solamente de aplicación para todos aquellos tipos de delitos, en tanto que las circunstancias específicas solo se concentraran en producir efectos que sean modificatorios en cuando a ciertos tipos penales específicos.

2.3.3.4.1 Efectos de las circunstancias

Respecto a los efectos de las circunstancias encontramos que:

“La concurrencia de las circunstancias atenuantes disminuye la actividad del hecho delictivo cometido, reduciendo la intensidad del reproche penal. Eso determina que la pena a imponerse sea menos grave. Por ejemplo, conforme al art. 146 la concurrencia del móvil de honor, en los delitos contra el estado civil, determina una reducción de culpabilidad del agente, atenuando la pena por su parte, las circunstancias agravantes acentúan el injusto

del hecho cometido e intensifican el reproche de culpabilidad. Su efecto es aumentar la severidad de la pena. Así el hecho de cometer un hurto en el interior de una casa habitada (art. 186, y Inc. 1), constituyen una agravante del delito de hurto simple (art. 185).

De otro lado, las circunstancias denominadas mixtas pueden tener efectos agravantes, atenuantes o eximentes, según el tipo del hecho delictivo o los sujetos participantes en el hecho delictivo. Así por ejemplo, la circunstancia de parentesco entre agente y víctima tiene un efecto agravante tratándose del delito de promoción y favorecimiento de la prostitución (Inc. 04 del art. 179), pero constituye una circunstancia eximente tratándose de delitos patrimoniales como el hurto a los daños (art. 208)” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 328).

2.3.3.4.2 Relación de las circunstancias con la pena conminada

Si bien es cierto, la pena conminada es aquella circunstancia agravante específica que se encuentra adherida a ciertos delitos de la Parte Especial del Código Penal, donde la ley indica escalas punitivas conminadas, ya sea por su gravedad o extensión.

Al respecto, sostienen HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA, lo siguiente:

“Las circunstancias cualificadas o privilegiadas crean un nuevo marco de conminación penal, al modificar los

límites legales, mínimos o máximos, de la pena prevista para el delito. Estas circunstancias cualificadas agravan la pena por encima del máximo legal previsto para el delito simple. Así, por ejemplo, según el art. 46 – B la reincidencia agrava la pena al preverse que el límite máximo será “... una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”. Las circunstancias privilegiadas, por el contrario, sustituyen el mínimo legal original por uno nuevo e inferior.

Por ejemplo, el art. 22 faculta al juez a imponer una pena inferior al mínimo legal previsto cuando el agente tenga más de 18 años y menos de 21” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 328).

2.3.3.5 Concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

Respecto a este punto, refieren HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA que:

“Es frecuente en los casos penales complejos, por ejemplo, por la pluralidad de delitos o agentes, que concurren diversas circunstancias de igual o distinta índole. En estos casos, la determinación de la pena concreta demanda una apreciación analítica compleja. El juez debe valorarlas en cada caso concreto para determinar la pena concreta.

Así por ejemplo cuando concurren varias circunstancias agravantes deberá imponerse un *quantum* de pena cercado al extremo máximo conminado en la ley o, de ser el caso, la pena máxima. En el mismo sentido la concurrencia de una pluralidad de circunstancias atenuantes deberá permitir un *Quantum* de pena cercado al límite mínimo fijado por ley” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 328).

Dicho de otra manera, será tarea del juez la de ajustar el quantum de la pena al extremo máximo, ello debido a que la conducta presenta mayor gravedad, imponiendo así una pena como consecuencia de la comisión del delito. Por otra parte, si es que concurren simultáneamente circunstancias agravantes y atenuantes en un solo caso:

“(...) el proceso de determinación de la pena impone ejercer una valoración correspondiente a la compensación entre los factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo fijarse la penalidad concreta en el espacio intermedio entre el límite mínimo y máximo de la pena conminada por la ley. Este proceso de valoración debe encontrarse debidamente fundamentado en la sentencia, conforme a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales. La violación de esta obligación puede dar lugar a que la decisión sea recurrida o anulada.

Los efectos de las circunstancias concurrentes están limitados por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo factor de agravación o atenuación. Son, por tanto,

aplicables los principios rectores o garantías procesales como el *Nebis in ídem*.

En este sentido, cuando las circunstancias concurrentes resultan incompatibles entre sí, su condición de agravación debe excluirse en función de su especialidad. Esto es, la circunstancia específica excluye a la genérica. Un ejemplo evidente es la incompatibilidad de la circunstancia genérica del art. 46 – A, frente a la primacía de la circunstancia específica prevista en el art. 297, inc. 01. Si bien en ambas disposiciones el factor agravante se identifica con la condición de funcionario público del agente, lo específico del delito de tráfico ilícito de drogas cometido por aquel, excluye la consideración complementaria de los efectos de la citada agravante genérica, para decidir sobre la pena concreta” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 329).

Con respecto a lo indicado se produce un problema en cuanto a los casos de concurrencia de circunstancias agravantes específicas que sean compatibles pero de diferente grado o de nivel, esto se observa cuando se da la realización de un delito, pues se presenta simultáneamente circunstancias agravantes que tiene distinto grado y, que por lo tanto, será distinta la clase de pena conminada, un claro ejemplo se da, cuando en este caso el agente comete el delito de robo en casa habitada, apoderándose de un bien que es de valor científico por lo cual estaría causando también lesiones graves. Es por ello que la circunstancia de mayor grado acogerá a las de grado inferior, por lo tanto, la pena en si será determinada solo entre los límites de la pena

conminada que correspondería a la escala superior de mayor nivel, siendo así que el juez deberá decidir la pena concreta teniendo como base a la escala punitiva de la agravante específica de mayor nivel.

2.3.3.6 Circunstancias genéricas (art. 46)

Las circunstancias genéricas van a resultar de aplicación específicamente general para todos los tipos de delitos, siendo así que, la concurrencia de las agravantes genéricas de cierta forma impone al juez la necesidad de poder determinar para cada caso, si los efectos de las mismas van a consistir en aumentar o atenuar la pena, refiriendo así al grado de culpabilidad del sujeto, por lo tanto, el Código Penal peruano establece las siguientes circunstancias:

2.3.3.6.1 Carencia de antecedentes penales

A decir de PRADO SALDARRIAGA:

“El Código Penal español –artículo 21–, a diferencia del colombiano –artículo 55–, no regula una atenuante genérica similar. Tampoco fue incluida en el texto original del Código Penal peruano de 1991. No obstante, el Código Penal nacional de 1924 aludía a ella implícitamente al considerar en el inciso 2 del artículo 51 “los precedentes judiciales y penales” del agente del delito. Fueron los anteproyectos del 2004 –artículo 46, inciso 1– y 2008/2010 –artículo 45, inciso 1– los que, siguiendo la orientación colombiana, los incluyeron en nuestro sistema legal. Cabe señalar que los antecedentes

penales registran y dan constancia de las condenas impuestas a una persona para fines de control del cumplimiento de las penas aplicadas. Pero, también, ellos pueden indicar una actitud proclive al delito o un estado de reincidencia (artículo 46 B). Por tanto, la ausencia de condenas penales anteriores coloca al autor o partícipe de un delito en una condición más propicia a la búsqueda de efectos preventivos especiales que indican una menor necesidad punitiva” (Las Circunstancias Atenuantes Genéricas Del Código Penal, 2015, pág. 35).

Asimismo, señala el mismo autor al respecto que:

“La atenuante, sin embargo, sólo debe excluirse ante la existencia de antecedentes penales que registren condenas firmes. Tampoco afectan su eficacia la mera existencia de antecedentes policiales o judiciales. Si bien la norma no lo destaca expresamente, ella permite inferir que los registros punitivos que impiden su configuración deben tener eficacia al momento de decidir la penalidad concreta del condenado. Por tanto, la atenuante opera aún en aquellos casos donde hayan pre-existido antecedentes penales que fueron, luego, objeto de cancelación definitiva por el cumplimiento de la pena impuesta

(artículo 69) o por la extinción de ésta al vencimiento exitoso de un periodo de prueba derivado de un régimen de suspensión de la ejecución de la pena (artículo 61)” (Las Circunstancias Atenuantes Genéricas Del Código Penal, 2015, pág. 35).

En ese sentido cabe resaltar que, la reincidencia no se aplicaría siempre y cuando se observe la ausencia de condenas penales y que por lo cual este indicaría una menor necesidad punitiva, asimismo no consistiría en una calificación de la conducta punitiva, adicional a dicha calificación que está prevista por el tipo penal para poder calificar como reincidente,

2.3.3.6.2 Naturaleza de la acción

En ese sentido podemos inferir que la naturaleza de la acción vendría a ser la facultad que tiene todo ser humano, ya sea natural o jurídica de promover la actividad que se tiene en los tribunales en miras en cuanto al reconocimiento de un derecho, por lo que el juez tendrá poder jurídico, mediante cuyo ejercicio, en cuando a la noticia criminal, solicitara cierta apertura del proceso contra el sujeto.

Al respecto HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA indican que:

“El juez debe apreciar el tipo de delito cometido o el *modus operandi* empleado por el agente, esto es, la “forma como se ha manifestado el hecho”.

Asimismo, debe tener en cuenta el efecto psíquico y social que el hecho produce. De allí, por ejemplo, que, respecto al delito de hurto, constituye una agravante específica “la utilización de transferencia electrónica de fondos de la telemática en general o la violación del empleo de claves secretas (art. 186 pf. 02 inc. 03)” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 331).

Respecto a lo señalado se afirma que, el juez será aquella persona que va a valorar el tipo de delito cometido por el sujeto, así como va a analizar su forma de conducta (Derecho de acto), por lo que tendrá que tener en cuenta el impacto psicológico y social en que se ha producido dicho evento.

2.3.3.6.3 Medios empleados

Seguidamente, encontramos lo siguiente:

“La realización del delito puede ser favorecida por el empleo de medios idóneos, cuyo uso puede comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima o provocar graves estragos, por ello, se sostiene que esta circunstancia influye tanto en la ilicitud del hecho, como la peligrosidad del agente. Un ejemplo de este tipo de circunstancia se prevé en el delito de homicidio calificado, esto es, cuando el agente mata a la víctima empleando

“fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas (art. 108 inc. 04)” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 331).

Sobre esta cuestión, es importante indicar que la utilización de los medios adecuados puede facilitar la comisión del delito, así como la utilización de los medios adecuados que puede poner en este caso en mayor o menor peligro la seguridad de del afectado, o causarle algún daño grave, por lo que afectaría a la ilegalidad del hecho delictivo.

2.3.3.6.4 Importancia de los deberes infringidos

Respecto a este punto indican HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA que:

“Es una circunstancia relacionada tanto con el injusto, con la condición personal y social del agente. Mediante esta se desvalora la violación por el agente de los deberes especiales (de orden funcional, profesional o familiar). Esta circunstancia esta prevista con frecuencia tanto en la parte especial del código como en diferentes leyes complementarias (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 331).

En cuanto a este punto, es preciso indicar que la misma en una circunstancia que esta relación con la magnitud del injusto, pero a su vez tomando en

cuenta la condición personas y social del sujeto, por lo que resultaría coherente que la ejecución del delito con infracción de deberes especiales acarree un efecto agravante, en cuando a la medida en el que el desvalor de la infracción cometida es mayor, trascendiendo a la mera afectación o puesta en peligro del bien jurídico, siendo así que, de esta forma el sujeto compromete de cierta forma a las obligaciones especiales de un orden profesiones, funcional o familiar que se tiene que observar.

2.3.3.6.5 Extensión del daño o peligros causados

En relación a este punto, tenemos que:

“Esta circunstancia se refiere a la magnitud del injusto en cuanto a su efecto material sobre el bien jurídico tutelado. No obstante, como bien destaca Cornejo, en relación con el CP. De 1924, esta valoración corresponde sobre todo a la conminación de la pena en cada delito y no a un nivel de circunstancia genérica. Por esto resulta más adecuado incluirla como circunstancia agravante específica, tal como se considera en el delito de robo: “colocando a la víctima o en su familia en grave situación económica” (art. 189 inc. 03 pf. 02)” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 332).

Así, tenemos que el juez deberá evaluar si la conducta produce efectos más allá de los ocasionados en la víctima, por lo que tendrá que

valorar la medida en que una injusticia tendrá un impacto material sobre un bien jurídico protegido, por lo cual correspondería en primer lugar a la pena de cada delito.

2.3.3.6.6 *Circunstancia de tiempo, lugar, modo y ocasión*

Acerca de ello, se sostiene que:

“Estas circunstancias conciernen al injusto, en la medida que el agente se aprovecha de estas (tiempo, lugar, modo y ocasión). Para facilitar la ejecución del delito. Por ejemplo, en los delitos de hurto robo se considera agravante que el delito se ejecute con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular de agraviado” (art. 186 inc. 04) o “durante la noche o en lugar desolado” (art. 189 inc. 02). En otros casos estos factores expresan también una actitud inescrupulosa, desafiante y audaz de parte del infractor frente a la ley y los sistemas de control penal.

Este es el caso en el tráfico ilícito de drogas cuando el “hecho es cometido en el interior o inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión (art. 297 inc. 04)” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 332).

Estas situaciones se asocian a la injusticia, en la medida en que los sujetos se aprovechen de ellas ya sea donde, como y en qué situación se presente, por lo que expresan una actitud inescrupulosa, audaz del agente frente al sistema judicial y control penal, siendo así que en la legislación penal actual se encuentra varios supuestos donde se incluye de modo específico tales circunstancias, esta circunstancia se ve reflejada en los delitos de hurto y robo en su artículo 186° inc. 4 y 189° inc. 2 , asimismo también se observa en otros artículos estos factores, expresando también una actitud desafiante y audaz de parte del sujeto infractor frente a los sistemas de control penal y la ley, lo cual se observa en la agravante del delito de tráfico ilícito de drogas, tipificado en el artículo 297 inc. 4.

2.3.3.6.7 Móviles y fines

La motivación y los fines que determinan, inducen o guían la acción delictiva del agente:

“(…) influyen, de modo determinante, en la mayor o menor intensidad de su culpabilidad. Es decir, coadyuvan a medir el grado de reproche que ayuda a medir el grado de reproche que cabe formular al autor del delito. Su índole subjetiva se manifiesta en lo fútil, altruista o egoísta del móvil o finalidad. En tal sentido la investigación o ayuda al suicidio, por ejemplo, es reprimida “si el agente actúo por un móvil egoísta” (art. 113 *in fine*). En cambio, en el art. 146,

se atenúa la pena de los delitos contra el estado civil cuando son cometidos “por un móvil de honor” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 332).

Sobre esta cuestión, afecta su nivel de culpabilidad de manera decisiva, es decir, va a ayudar a medir de cierta forma el grado de culpa del autor del delito como lo refiere el autor a diferencia del art. 146, que va a atenuar la pena de los delitos contra el estado civil, cuando sea cometidos por un móvil de honor, por lo que este punto va a determinar y guiar la acción del agente delictuoso influyendo de manera determinante, ya sea en menor o mayor intensidad de la culpabilidad del sujeto, por lo que esta circunstancia va a ayudar a medir el grado de infracción del autor en cuanto al delito cometido.

2.3.3.6.8 Unidad o pluralidad de agentes

Señalan HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA respecto a la doctrina peruana y su posición respecto a este punto, que:

“Desde la vigencia de CP 1924, ha considerado que la circunstancia de pluralidad de agents indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima, precisamente por la actuación conjunta en la afectación de sus bienes jurídicos. Esta circunstancia genérica fundamenta la agravación tanto en el caso de que sean coautores como frente actos de participación de inductores o cómplices primarios, sin

embargo, toda vez que el propio legislador a decidido que en la actividad del cómplice secundario de antemano concurre una circunstancia específica de atenuación (art. 25 pf. 02) la presente circunstancia, por interpretación sistemática no es aplicable a este último” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 333).

Sobre esta cuestión, podemos inferir que estamos de acuerdo con el autor al indicar que la pluralidad de agentes vendría a ser un grado peligrosidad para el agraviado, puesto que estos comente conjuntamente el hecho punible, ya sea en hurto, robo o similares que van a implicar la participación de un conjunto de agentes que van a actuar en un acto criminal, observándose así una participación de coautoría, indicando el autor que el cómplice secundario concurrirá una circunstancia atenuante, misma que modificara la responsabilidad penal frente al hecho delictivo, por lo que es importante destacar que la pluralidad de sujetos expresará a su vez una coautoría funcional, siendo así que en nuestro Código Penal lo califica como una agravante específica.

2.3.3.6.9 Edad, educación, situación económica y medio social

En este punto tenemos que:

“Se trata de circunstancias vinculadas a la culpabilidad del imputado y a su mayor o menor posibilidad para interiorizar el mandato normativo, así como para motivarse de acuerdo con este y sus exigencias sociales. Estas

circunstancias influyen en el grado de culpabilidad del agente, sin embargo, hay que prestar atención al hecho que pueden ocultar rezagos de las superadas concepciones del positivismo criminológico y pueden ser, por tanto, incompatibles con la preeminencia de un Derecho Penal del autor. Cabe anotar que en art. 45 inc. 01 también prevé como fundamento para determinar la pena “las carencias sociales que hubiere sufrido el agente” por tanto, el juez debe incluir también en la valoración de estas circunstancias las posibilidades reales de interacción e integración que ha tenido el agente en su entorno social y con los patrones de conducta positiva imperantes con él” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 333).

En ese sentido, estas circunstancias de edad, costumbres, situación económica y medio social influyen de cierta forma en el grado de culpabilidad que va a adoptar el autor del hecho delictuoso, sin pasar por desapercibido que pueden ocultar ciertos rezagos que en este caso va a insertar el comportamiento del sujeto en cuanto a la dinámica de causa y efecto que va a regir su conducta, no habiendo modo de que el agente deje de ser peligroso, dejando de ser incompatible con la actitud del autor, por todo ello, el juez será quien deberá de analizar y valorar ciertas circunstancias que no deben de pasar de desapercibidas, viendo

siempre las posibilidades reales ya sea de interacción e integración que ha tenido el sujeto en su entorno.

2.3.3.6.10 Reparación espontánea que hubiere hecho del daño

Esta circunstancia está referida a:

“(...) la conducta posterior del delito que realiza el agente. Así, por ejemplo, la reparación del daño ocasionado por aquel revela una actitud positiva que debe apreciarse favorablemente con el objeto de aumentar la pena. La reparación debe ser espontánea y realizada con anterioridad a la emisión de la correspondiente sentencia. Asimismo, de ser obra del autor y no de tercero” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 333).

En ese sentido, la reparación del daño ocasionado va a consistir en el resarcimiento que en este caso debe de realizar quien ha ocasionado tal daño a una víctima de la comisión del delito, ya que si el agente lo acepta de manera positiva deberá de apreciarse de forma favorable, misma que tendrá que ser realizada antes de la emisión de la sentencia, por lo que la reparación deberá de ser espontánea, en otra palabras, la misma deberá de ser natural y voluntaria, siendo así que se entiende que la reparación deberá de partir del sujeto que a infringido la ley mas no de terceros.

2.3.3.6.11 Confesión sincera antes de haber sido descubierto

Esta circunstancia se fundamenta en:

“(...) un acto de arrepentimiento posterior al hecho delictivo y se expresa en la voluntad del agente de hacerse responsable de haberlo cometido y de asumir plenamente sus consecuencias jurídicas. En tal sentido, esta actitud es valorada como circunstancia atenuante toda vez que el agente demuestra no pretender asegurarse con las ventajas obtenidas por la comisión del delito ni lograr su impunidad, todo lo contrario. Al respecto, la doctrina, desde la vigencia del CP 1924, sostiene que existe diferencia notable entre el hecho de huir después de consumado el delito y el de denunciarse ante las autoridades. Esto último pone de manifiesto que el agente asume su responsabilidad y, en consecuencia, demuestra que no está dispuesto a reiterar la comisión de similares hechos.

Debe pues, diferenciarse el efecto de la confesión sincera como circunstancia atenuante, prevista en el código (art. 46) respecto a los efectos procesales de la confesión sincera que se rinde en sede judicial o fiscal (art. 136 CdePP) y (art. 160 NC PP) la concurrencia de la primera determina su valoración positiva como circunstancia genérica atenuante,

y no es indispensable para su configuración la preexistencia de una investigación de carácter penal, por tanto puede ser equivalente a una auto denuncia. Sin embargo en la segunda es imprescindible de la preexistencia de una pretensión persecutoria iniciada por los órganos de investigación de delitos; por ello su fundamento no radica solo en la aceptación de cargos imputados o de las consecuencias jurídicas derivadas, sino en el aporte probatorio y la utilidad que debe tener la confesión para los fines de investigación que se lleve a cabo, tan es así, que si la confesión carece de aporte o utilidad probatoria no es aplicable al beneficio procesal previsto en el art. 136 CdePP y art. Del NCPP, esto es la disminución facultativa de la pena por debajo del mínimo legal” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 334).

Sobre esta cuestión, la confesión sincera será calificada como una circunstancia atenuante, siempre y cuando el agente no trate de aprovecharse de las ventajas obtenidas por la comisión del delito o su impunidad, por lo que el sujeto será quien asumirá su responsabilidad frente a lo cometido, por lo que el efecto de la confesión sincera, será en si la confesión, misma que será sincera y espontanea, mano cuando se observe supuestos de flagrancia así como de irrelevancia de admisión en cuando a los

elementos probatorios que este caso serán incorporados por el Juez, lo que lograría disminuir la pena prudencialmente por debajo del mínimo legal, por lo que esta se debe de encontrar sujeta al reexamen judicial para observar si la misma se adhiere a los presupuestos que la adaptara, valorándola así como un acto de arrepentimiento que se ha dado posteriormente al delito expresando voluntad del sujeto de hacerse meramente responsable de asumir las consecuencias jurídicas a las que la acarrea, siendo así que dentro de esta circunstancia se va a valorar el acto de arrepentimiento posterior al delito cometido, expresando con ello la voluntad que tiene en este caso el sujeto delictuoso de hacerse responsable por el ilícito cometido y también el de asumir las consecuencias jurídicas que de ello repercuten, del mismo modo dicha actitud demostrada será en favor del agente, debido a que con la misma estaría demostrando que estaría rechazando la frecuente conducta posterior al hecho punible, que usualmente orienta a la impunidad del infractor, actualmente nuestra legislación penal considera a la confesión sincera como una atenuante privilegiada, siendo que por ello que su menor eficacia probatoria o procesal va a determinar la condición de circunstancia genérica.

2.3.3.6.12 Condiciones personales y circunstancias que llevan al conocimiento del agente

Finalmente, tenemos que esta referencia constituye:

“(…) una cláusula general que reenvía a otras circunstancias distintas de las mencionadas expresamente en el texto legal, así, con el objetivo de evitar contradicciones con el principio de legalidad o riesgos de arbitrariedad, el juez debe especificar en concreto la circunstancia que invoca y su equivalencia con las reguladas legalmente sobre todo debe fundamentar razonablemente porque tal o cual circunstancia resulta idónea para conocer mejor la personalidad del agente, así, se evitara una vuelta a criterios del positivismo criminológico” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, págs. 334-335).

Con respecto a lo antes mencionado el artículo 46° se complementa a su vez con la amplitud circunstancial que este caso la ley le confiere al juez, por lo que él tiene una opción abierta para poder interpretar y a su vez apreciar otras circunstancias diferentes, siendo así que para eludir contradicciones al principio de legalidad y a su vez para evitar riesgos de arbitrariedad, será el juez quien tendrá que especificar en concreto la circunstancia que va a invocar así como también la equivalencia con las reguladas legalmente, pero será de mayor importancia fundamentar de forma razonable como es que tal circunstancia mencionada resultara idónea para poder definir un perfil que va a permitir conocer mejor la personalidad del sujeto delictuoso, mostrando así

que en cuanto a este punto estaría persistiendo un criterio positivista.

2.3.3.7 Supuestos específicos para la determinación de la pena

Además de los criterios generales de culpabilidad y prevención necesarios para la determinación de la pena, pueden darse los siguientes supuestos:

2.3.3.7.1 Tentativa

Al hablar con respecto a la adecuación de una conducta a un tipo penal meramente determinado, se inicia del supuesto de que cuando el sujeto actúe, produzca por sí mismo diferentes exigencias típicas, logrando así la consumación de comportamiento, pero sin embargo hay muchas formas de producir acciones con una relevancia jurídico penal, demostrando con ellos que no siempre sucede así, resultando de tal manera que la acción cometida por el sujeto activo no llegue a su meta esperada, no cumpla su objetivo, esto debido a las diferentes circunstancias que se puede producir durante la acción, existiendo así acciones que se quedan en solamente meros conatos o intentos.

VILLA STEIN menciona respecto a la tentativa que:

“La tentativa da lugar a que el juez disminuya prudencialmente la pena (art. 16 del Código penal). Subyace al criterio de determinación, el Principio IV del

título preliminar, de “lesividad”. Lo mismo para el caso de la tentativa inidónea y desistimiento (arts. 17 y 18 del C.P. respectivamente)” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 575).

El juez será el encargado de disminuir prudencialmente la pena en el caso de observarse tentativa, debido a que la misma va a constituir una forma imperfecta en cuando a la ejecución del delito que no se ha llegado a consumir, observándose un fracaso por el agente involucrado, misma que será calificada como un atenuante a la pena referida en caso de haberse consumado en tu totalidad el delito, siendo una forma imperfecta de la realización de un delito, no obteniendo ningún resultado ni beneficio que es perseguido por el autor al producir hechos ajenos a su voluntad, no alcanzando de esta forma su objetivo; por ejemplo: un terrorista planea secuestrar a un político, sin embargo, gracias al persona policía dicho secuestro no se llevó a cado, llegando a observar que el delito no se ha consumado, quedándose solo en tentativa.

Al respecto ARBOLEDA VALLEJO y RUIZ SALAZAR exponen que:

“Tentativa, conato o atentado es cualquier acto externo que por su naturaleza imperfecta y accesoria conduce unívocamente a un resultado y que el agente dirige con explícita voluntad a ese resultado, pero al cual no le sigue el mismo evento, ni la lesión de un derecho superior o equivalente al que

se quería violar. Tradicionalmente se le ha dado el nombre de delito imperfecto, en cuanto se refiere a una conducta que no logra la finalidad buscada por el sujeto agente, si la tomamos desde una óptica de cumplir, terminar, ultimar, acabar. Pero si la tomamos para designar el hecho cuyo efecto debe ser una sanción penal, debemos afirmar que la tentativa es jurídicamente un ente perfecto, no solo porque tiene su propia sanción (naturalmente referida a la del tipo penal cuya realización comienza a ejecutarse) si no porque se necesitó crear un dispositivo especial para darle relevancia jurídica. La doctrina ha considerado cuatro formas de tentativa: La inacabada (tentativa simple), la acabada (o delito frustrado), la tentativa desistida o delito desistido y la tentativa imposible (delito imposible).” (Manual de Derecho Penal, Partes General y Especial Tomo-A, pág. 233)

Sobre esta cuestión cabe mencionar que, la tentativa vendría a ser una calificación o también podemos llamarla como un grado del delito, que al llevarse a cabo el mismo en todos sus actos, pero, sin embargo, el resultado que se deseaba no se lleva a cabo o no se llega a producir, debido a consecuencias ajenas a la voluntad del delincuente, por lo que este constituiría una forma imperfecta de la ejecución del delito tal y como lo mencionó el autor líneas arriba.

Seguidamente, VELASQUEZ indica respecto al tema que:

“La tentativa, dicho de manera breve, es la ejecución incompleta de la conducta tipificada en la ley pena; es como decían los antiguos un conatus, un acto o delito que se empieza a ejecutar y nunca llega a consumarse, un delito imperfecto, a diferencia de la adecuación normal, en la que la conducta encaja con plenitud en el tipo penal respectivo. Desde luego, ello no significa que la naturaleza jurídica de la tentativa equivalga a la de un tipo delictivo distinto del que prevé un delito o conducta punible consumada, sino que se trata, sencillamente, de una figura que implica una extensión de la tipicidad básica, como una forma especial de configuración del tipo o de su dispositivo amplificador.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 475)

Asimismo, compartimos las reflexiones de Velásquez al indica que efectivamente en la ley penal antiguamente se les llama conatus, que fue un término utilizado antiguamente, con ello indicando que delito no se ha consumado, siendo un grado de ejecución que pues esta inacabada debido a causas ajenas a su voluntad del sujeto activo, es decir vendría a ser un delito imperfecto que carece se consumación.

2.3.3.7.1.1 Fundamento de la punibilidad de la tentativa

La forma en cómo se justifica la represión en cuanto a la tentativa extiende o restringe el ámbito de punición, indicando perspectivas, para que así pueda adoptar una u otro significado, fundamentando así la represión de los hechos en los que este se materializa la voluntad delictuosa.

A) Criterio objetivo

HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA indican que:

“Según esta tendencia, el fundamento de la represión de la tentativa reside en la puesta en peligro del objeto de la acción delictuosa. Dicho de otra manera, los actos que exteriorizan una resolución delictiva solo deben ser calificados de tentativa desde que constituyen un peligro concreto. Esto sucede con claridad cuando se comienza a ejecutar la acción indicada por el verbo principal del tipo legal. Por ejemplo, en el homicidio: lesionar a la persona que se quiere matar, en el robo, ejercer violencia sobre la víctima o amenazarla.” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 88)

Dicho de otra forma, lo que va a buscar el criterio objetivo es la relevancia que en este caso va a tener la conducta, la forma en como el sujeto activo va actuar durante la ejecución del delito.

B) Criterio subjetivo

Según HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA exponen que:

“Sus defensores sostiene que la voluntad criminal es el factor determinante que justifica la punición de la tentativa. El agente pone en evidencia que ataca un bien jurídico protegido al no respetarlo como lo exige el orden jurídico. Los actos, exteriorización tangible de la voluntad delictuosa, son la base, en esta perspectiva, del desvalor de la acción. Así, el hecho de que sean o no peligrosos en relación con el bien jurídico protegido, es irrelevante para admitir que el acto constituye una tentativa. El factor decisivo es la voluntad manifiesta de violar una prohibición o un mandato del ordenamiento jurídico. Los positivistas italianos admitieron un criterio semejante, pero, según ellos, la reacción penal se fundaba en el hecho de que esta voluntad ponía en evidencia la peligrosidad del agente.” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 88)

Por ende la tentativa es ampliada debido a que comprende casos que a diferencia de la concepción objetiva, solo estos serían actos preparatorios, siendo así que la voluntad criminal siempre será la

misma, justificándose así la punición del delito imposible, misma concepción que no está conforme a nuestro Código, debido a que por un lado este no contempla el delito imposible que vendría a ser un caso de tentativa no idónea, y que por otro lado prevé lo que vendría a ser la atenuación obligatoria de la pena en caso de tentativa, estableciendo límites entre los actos preparatorios y también la tentativa un factor objetivo siendo esta el comienzo de la ejecución del delito, tal y como se menciona en el artículo 16° del Código Penal.

C) Criterio Mixto

Continúan indicando HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA que:

“Estas teorías opuestas conducen a soluciones extremas: la objetiva, a una restricción exagerada de la represión penal, y la subjetiva, a una peligrosa ampliación. La primera debilita la seguridad jurídica al no permitir actos que deberían serlo.

La segunda adolece del mismo defecto, pero porque su aplicación conduciría a reprimir la pura voluntad criminal, lo que debe rechazarse. Para superar estas dificultades, se propuso un criterio intermedio, según el cual hay que tener en cuenta el elemento objetivo, para limitar los alcances del puro concepto subjetivo. La voluntad, considerada como base de la represión, debe

concentrarse en el mundo exterior (poniendo en peligro el objeto de la acción) y perturbar la confianza de las personas en el orden legal, debilitando su ser.” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 89)

Este criterio estaría resultando útil para poder legitimar la intervención del Derecho Penal antes de la consumación del tipo legal, ayudando a su vez a distinguir la tentativa de los actos preparatorios.

D) Desobediencia de la norma

HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA refieren que:

“Con el fin de salir del marco establecido por el conflicto de las percepciones objetiva y subjetiva, lo partidario de la corriente funcionalista proponen considerar como fundamento de la punición de la tentativa la desobediencia que el agente manifiesta a una norma vigente mediante su intento de ejecutar el delito. El factor determinante es la especialidad del acto ejecutado, o sea el hecho de que este exprese una negación de la norma. “ (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, págs. 89-90)

Referente a lo indicado por los autores podemos indicar que, en caso el sujeto obre de manera

racional siendo su actuar apropiada para vulnerar la norma en caso de que se produzca la consumación, según este criterio que mencionan los autores la tentativa absolutamente imposible no es punible, debido a que no existen normas para que la prohíban, en otras palabras, se las puede llamar tentativas supersticiosas.

2.3.3.7.1.2 Clases de tentativa

Las pretensiones encaminadas por los legisladores históricos, mismas que tiene por finalidad regular en una sola formula los problemas que son referentes a la tentativa, por lo que es necesario considerar diversas especies de tentativa, por lo que debe de precisar su alcance teóricos.

A) Simple

VELASQUEZ señalan al respecto que:

“Se presenta cuando la ejecución de la acción típica se interrumpe en sus comienzos por la irrupción de un factor al querer del agente que le impide la consumación de la conducta. El hecho de que la suspensión de los acos encaminados a realizar el tipo penal respectivo se presente en el umbral, cuando al autor apenas empieza a poner en marcha el proceso criminoso en la vida real, permite denominarla remota, inacabada, incompleta, inconclusa o interrumpida; estas equivalencias

pueden ser mantenidas en el derecho nacional, si con ellos se gana claridad en la práctica, aunque es evidente que de lege ferenda no siempre tienen el mismo alcance.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 483)

Como acertadamente señalan Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga dicha clase de tentativa también conocida como inacabada, misma que durante la ejecución de la conducta punitiva por parte del sujeto activo se ve interrumpida cuando apenas está iniciando su ejecución, dándose por la interposición de un factor ajeno a la voluntad del sujeto, impidiendo de esta manera su consumación, por lo que los actos realizados deberán ser idóneos y a su vez estar inequívocamente dirigidos a la consumación, y que de no ser así, no cabe incluir dicho criterio.

B) Frustrada

Continúan indicando VELASQUEZ que:

“Esta modalidad se presenta cuando el agente, a pesar de haber realizado todo lo que estaba a su alcance, no logra la consumación de la conducta típica por circunstancias ajenas a su voluntad; o, en otras palabras, cuando se ejecutan todos aquellos actos considerados indispensables para el logro del resultado y que, en el caso concreto, lo eran efectivamente conforme al fin propuesto, pero factores extraños a la

voluntad del autor impiden la cabal realización del comportamiento descrito en el supuesto de hecho o tipo penal.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 483)

Respecto a lo indicado líneas arriba podemos indicar que dicha clase de tentativa es considerada cuando a pesar de que el sujeto ha realizado todo lo que estaba a su alcance no logra tener resultado por ciertas circunstancias ajenas a su voluntad impidiendo la consumación del resultado.

C) Desistida

Sobre esta cuestión VELASQUE expone que:

“Esta modalidad de tentativa existe cuando el agente, a pesar de haber comenzado la ejecución del comportamiento típico o haberla completado mediante actos idóneos encaminados a la consumación lo que origina dos la figura: desistimiento en la tentativa acabada y desistimiento en la tentativa inacabada, de manera voluntaria decide poner fin a la empresa criminal: así las cosas. Mientras que en las dos anteriores clases de tentativa lo decisivo es la ausencia de consumación por factores extraños a la voluntad del agente, aquí lo determinante es la presencia de la propia voluntad de este encaminada a evitar la ejecución.” (Manual de Derecho Penal Parte General, 2007, pág. 484)

Sobre esta cuestión podemos inferir que se da cuando el sujeto empieza su realización o en los casos donde al haberla culminado de manera voluntaria decide por cuenta propia poner fin a dicha actuación criminal, no llegando a consumir el delito, el abandono por parte del sujeto activo es definitivo.

D) Inidónea

Finalmente, VELASQUEZ señala que:

“Se presenta esta modalidad de tentativa cuando el autor comienza a ejecutar el hecho, pero este no se consuma en virtud de que los actos realizados no son idóneos para su logro, independientemente de que ello acontezca por razones fácticas o jurídicas; pueda hablarse, por ello, de inidoneidad de los medios, del objetivo y del sujeto. A esta figura también se le puede denominar tentativa imposible o delito imposible, y no faltan quienes se inclinan por la última designación por considerarla más apropiada y omnicompreensiva.”

A este aspecto se considera que en este caso no va a producir su consumación debido a que carece de elementos idóneos para consumir el delito.

2.3.3.7.2 Concurso ideal de delitos

VILLAVISENCIO refiere que se le llama también:

“Concurso formal, es la confluencia de dos o más infracciones delictivas ocasionadas por una sola acción del sujeto.” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 696)

Sobre esta cuestión cabe indicar con respecto al concurso ideal de delitos el agente es quien realiza una sola acción que va a vulnerar varios mandatos legales o a la vez infrinja diferentes veces el mismo precepto, en otras palabras, que con una sola acción el sujeto comete diferentes hechos punibles.

Asimismo, según detalla HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA:

“La acción única requiere la aplicación simultánea de varias disposiciones (tipicidad plural).” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 208)

Continúa, VELASQUEZ exponiendo con respecto al tema indicado que es:

“Una acción en sentido normativo y la realización de una pluralidad de conductas típicas, por lo que debe de ser de carácter heterogéneo, no obstante, cuando se trata de la afectación de bienes jurídicos altamente personales que implican la realización reiterada del mismo supuesto de hecho,

que recae sobre una pluralidad de sujetos pasivos, se suele descartar la figura del delito continuado y entonces se habla del concurso ideal homogéneo.” (VELASQUEZ, 2007)

Al respecto sobre lo indicado, cabe indicar que las exigencias de este criterio, en primera instancia se necesita una unidad de acción, debido a que la actividad del sujeto debe ser producto de una conducta dirigida finalmente a la obtención de uno o varios resultados, es por ello que es lógicamente impensable la pluralidad de acciones en el concurso ideal, en segundo lugar, este va a requerir una doble desvaloración de la ley penal, debido a que la acción social debe de recaer en dos o más tipos penales que a su vez deben de ser diferentes, en tercer punto se va a requerir la identidad del agente activo, pero muchas veces no es posible que esta figura se llegase a cumplir en caso de que se dé el caso de pluralidad de agentes, lo cual no significaría que varios agentes no puedan realizar un concurso ideal, finalmente como cuarto punto, podría existir una unidad o pluralidad de sujetos pasivos del delito, debido a que la acción pueda alterar los intereses jurídicos de una o varias personas.

Finalmente, VILLA STEIN expone que:

“Se produce cuando una sola acción infringe varias normas o tipos, afectando varios bienes jurídicos, se aplica la pena correspondiente al tipo penal más

severo” (art. 49 del C.P.)”
(Derecho Penal Parte General,
2014, pág. 575).

Tal como menciona el autor, el concurso ideal se va dar cuando un sujeto activo realice una acción (unidad de hecho) que a la vez vulnere diferentes preceptos penales o a su vez que infrinja de forma reiterada el mismo precepto, cometiendo de esta forma con una sola acción diferentes hechos punibles, concurriendo así dos o más figuras delictivas tipificadas en el Código Penal, para que de esta forma se pueda calificar su conducta, logrando con ello vulnerar de diferentes maneras la ley con solo una ejecución

2.3.3.7.3 Concurso real de delitos

Al respecto, VILLAVISENCIO refiere que:

“También llamado concurso material, se presenta cuando un sujeto realiza varias acciones punibles de las que se derivan la comisión de otras tantas infracciones penales. En esta figura concurren varias acciones o hechos, cada uno constitutivo de un delito autónomo, que proviene de un mismo agente que son enjuiciables en el mismo proceso penales.” (Derecho Penal Parte General, 2016, págs. 702-703)

Sobre esta cuestión es prudente mencionar que, el concurso real se va a producir cuando un mismo agente va a cometer varios hechos constitutivos que acarrear a varios delitos, produciéndose a su vez una pluralidad de delitos y acciones.

Sobre esta cuestión GARCIA CAVERO expone que:

“Se trata de una imputación acumulada al autor de todos los delitos realizados en una imputación acumulada al autor de todos los delitos realizados en un determinado espacio d tiempo. Por ello, no le falta algo de razón a los que afirman que el concurso real de delitos establece reglas de carácter procesal, pues regula la posibilidad de un juicio conjunto por una pluralidad de acciones punible. Cada delito concurre en el proceso con su pena individual. Para que se pueda dar un concurso de delitos el Acuerdo Plenario N° 04-2009 precisa que deben de darse tres requisitos: 1) Pluralidad de acciones, 2) Pluralidad de delitos independientes, 3) Unidad de autor. Hasta hace algunos años la regulación penal prevista en el artículo 50 del CP, no aceptaba una acumulación de las penas de los diversos delitos cometidos, sino que debía aplicarse la pena del delito más grave. Incluso ni siquiera se contemplaba la posibilidad de una pena global que permitiese aumentar la pena individual que le correspondía al delito más grave (principio de exasperación), por lo que la doctrina pena se mostró poco de acuerdo con esta solución penalógica del concurso de delitos. Las

cosas han cambiado radicalmente con la última reforma del Código Penal. Conforme a la actual redacción del artículo 50 del CP, las penas se acumulan en caso de concurso real de delitos, teniendo esta acumulación un doble límite: el doble de la pena mas grave y finalmente el tope de los treinta y cinco años, Se ha pasado así de un sistema de absorción o, en el mejor de los casos, de exasperación, a un sistema de acumulación de penas.” (Derecho Penal, Parte General, 2012, págs. 786-787)

Sobre lo antes referido por dicho autor, estamos de acuerdo con lo indicado puesto que, el concurso real de delito va a consistir en la imputación acumulada por el agente, por todos los delitos cometidos en un determinado espacio y tiempo, motivo por el cual va a establecer reglas netamente de carácter procesal, regulando la pluralidad de acciones realizadas por el agente para que posteriormente se dé un juicio conjunto, sin olvidar que con la reforma de nuestro Código Penal con respecto al concurso real de delitos actualmente las penas se acumulan, teniendo la misma una acumulación doble de la pena más grave teniendo como tope de la pena 35 años de pena privativa de libertad.

Asimismo, al respecto HURTADO POZO y PRADO SALARRIAGA indica que:

“Según el artículo 50°, en concurso real de delitos se presenta cuando

concurran varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes. Así, se reproduce la fórmula del art. CP de 1924, cuya fuente es el art. 51, inc. 1 del CP holandés y en el que se establece con mayor claridad la pluralidad de acciones. Así, determinaba que los hechos punibles deben de considerarse como otros actos independientes y constituyendo varias infracciones. No obstante, la redacción del art. 50 no implica una modificación substancial del sentido de la regla holandesa. Las características específicas del concurso real son, por tanto, la pluralidad de acción de la conformidad de estas a ciertos tipos legales y su condición de delitos en sí mismas (independencia en cuando a la tipicidad).” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 213)

Finalmente, al respecto VILLA STEIN indica que el concurso real de delitos se presenta:

“Cuando se han protagonizado distintas e independientes conductas, realizando los tipos penales en momentos diferentes. Aquí, conforme el art. 50 del C.P. se aplica la pena del delito más grave” (Derecho Penal Parte General, 2014, págs. 575-576).

Ahora, la actual redacción del concurso real de delitos en el artículo 50 del Código Penal Peruano, es el siguiente:

“Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta”

En el concurso real de delitos, en su actual redacción encontramos la denominada “sumatoria de penas”, donde por la pluralidad de hechos, el agente se le sumara las penas hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, teniendo como tope los 35 años de pena privativa de la libertad, pues este es el máximo de la pena que puede imponerse en nuestro sistema.

Por lo tanto, en el concurso real se observará varias acciones y por lo tanto diferentes delitos que son producidos por una persona al cometer varios hechos que acarrea consigo varios delitos, produciéndose así una pluralidad de acciones y de delitos, por lo que se tendrá que aplicar criterios para poder diferenciar cada hecho, aplicándose de este modo una sentencia ya sea de forma conjunta o separa para cada delito.

2.3.3.7.3.1 Requisitos

A) La existencia de una pluralidad de acciones

Al respecto VILLAVICENCIO indica que:

“Pueden concursar con acciones, omisiones con omisiones, sean dolosos o imprudentes; que deben ser delictivas en sí, y punibles independientemente. Lo que es que debe ser varias acciones independientes y punibles.” (Derecho Penal Parte General, 2016, págs. 703-704)

Sobre esta cuestión podemos inferir que en la pluralidad de acciones va a existir la concurrencia de acciones que se van a dar entre diferentes acciones delictivas y a su vez punibles, pero a su vez cada una de las acciones deberán de constituirse en una previsión típica, independientes puniblemente.

B) La existencia de una pluralidad de lesiones de la ley penal

Según VILLAVICENCIO expone que:

“El concurso puede afectar varias veces la misma disposición penal o disposiciones diferentes. Estas

acciones independientes representan a estas infracciones penales, para que se llegue a tales lesiones, consideramos que no se requiere que el agente llegue a consumir todas las acciones emprendidas, pudiendo quedar algunas o todas ellas en grado de tentativa.” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 704)

A este aspecto señalado por el autor podemos inferir que la existencia de una pluralidad de delitos o lesiones a la ley penal, a través del dicho concurso se va a afectar en forma reiterada la misma disposición penal o disposiciones penales, las mismas que van a representar infracciones penales, por lo que se considera que el sujeto no va a requerir la consumación de la misma, pudiendo quedar entre ellas en tentativa.

C) La existencia de una unidad de sujeto activo y la unidad o pluralidad del sujeto activo

Continúa indicando VILLAVICENCIO que:

“Necesariamente debe ser un solo sujetos activos de las acciones. No importa para esta figura concursal las circunstancias en que haya actuado la persona en los

diferentes momentos del delito: autor, coautor, autor mediato, instigador, cómplice, o que haya actuado solo o con partícipes. Como expresamos, el sujeto pasivo puede ser único o plural, esto quiere decir que una o varias personas pueden resultar afectadas por la conducta delictiva desplegada por el mismo agente.

La independencia de estos delitos no se refiere a delitos diferente naturaleza, si no que el agente pudo haber cometido en diversas ocasiones, independientemente, el mismo delito u otros diferentes. Se distingue entre un concurso real homogéneo y un concurso real heterogéneo que es correcta y necesaria. Es homogéneo cuando el autor comete varias veces el mismo hecho punible, mientras que es heterogéneo cuando el autor viola diferentes tipos penales. Ejemplo: homogéneo, quien realiza varios hurtos independientemente, quien hurta, lesiona y estafa.” (Derecho Penal Parte General, 2016, págs. 704-705)

Cabe mencionar sobre lo referido por el autor

que la unidad de sujeto activo a constar en que las acciones tiene que ser realizadas por el mismo agente, sin importar que para el concurso real la circunstancia de este sujeto haya actuado en distintas calidades en los demás delitos, a diferencia del agente pasivo que este puede ser único o plural, asimismo, no quiere decir que la independencia del estos delitos va a significar a delitos de diferente naturaleza, si no que el sujeto activo pudo haber cometido en diferentes ocasiones independientemente el mismo delito de la misma naturaleza o otros delitos diferentes, por lo que el autor, hace una diferente entre el concurso real homogéneo, lo que va a significar que el agente va a cometer diversas veces el mismo delito; a diferencia del concurso real heterogéneo, en este caso el agente va a cometer varios hechos punibles de distintos tipos penales.

D) Que sea juzgado en un mismo proceso penal

Finalmente, VILLAVIVENCIO indica al respecto que:

“Es necesario que el agente sea objeto de juzgamiento en un mismo proceso penal. Las reglas del concurso real inciden en el proceso penal, de ahí que se hable también de un concurso real procesal. Hay concurso

procesal cuando entre los varios delitos no hay ninguna vinculación fuera del hecho de ser atribuidas a un mismo sujeto en un mismo proceso.” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 705)

Cabe indicar también con respecto a lo indica que, en esta clase de concurso se puede encontrar un sustento legal en el artículo 50 del CP, al indicar que de otros tantos delitos independientes, pero en caso si estos delitos si estos delitos independiente se deben procesar, ya sea en procesos sumarios y otros en procesos ordinarios, asimismo se tiene que según el Decreto Legislativo N° 124 indica que ante un concurso de delitos donde se va a observar que unos son más graves que otros, en este caso el proceso a seguir será el ordinario debido a que el mismo va a corresponder al delitos de mayor gravedad, por otra parte en el Código Penal del 2004 artículo 33 indica que en caso de delitos sujetos a tramites procesales el procedimiento debería de ser seguido de acuerdo al delito que corresponde y a su vez al delito con pena más grave.

2.3.3.7.4 El delito continuado

Al respecto GARCIA CAVERO indica que:

“Tiene lugar cuando un mismo sujeto realiza con idéntica resolución criminal varias acciones constitutivas de varias infracciones de una misma o similar ley penal. Como puede verse, se trata como un solo delito una serie de hechos concretos cometidos por el mismo autor en virtud de una vinculación interna y externa, pese a que cada uno de estos hechos debería dar lugar a un injusto típico independiente. “ (Derecho Penal, Parte General, 2012, págs. 791-792)

Sobre esta cuestión, podemos referir que en el delito continuado se va a observar una serie de conductas delictivas que se van a llevar a cabo de un mismo modo, pero con el objetivo de ocasiones distintos delitos.

De igual forma VILLA STEIN expone que en cuanto a este caso:

“Se da una continuidad de acciones lesionantes. Se trata de acciones sucesivas integradas en delito único por haberse lesionado una misma norma en distintas ocasiones dentro de una sola determinación criminal” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 576).

Compartimos la postura con VILLA STEIN al indicar que el delito continuado será aquel que está constituido por una serie de acciones u omisiones que se mantienen durante el tiempo y que vulneran la misma norma jurídica, teniendo como finalidad un mismo resultado, existiendo en el sujeto dolo,

pluralidad de hechos, el modo en el que actúa, y finalmente el tiempo en donde se observan las acciones cometidas, dándose dicha situación en un lugar determinado en diferentes tiempos, ya que este delito tiene como objetivo unificar las acciones jurídicas logrando infringir el mismo delito de naturaleza similar.

Finalmente, VILLAVICENCIO indica al respecto que:

“Es la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos, pero que transgreden el mismo tipo legal. Ejemplo: el sujeto que hurta objetos valiosos en un supermercado en el que trabaja, sistemáticamente y en oportunidades diversas durante siete días consecutivos. Resultaría absurdo procesar a un sujeto por la cantidad de micro hurtos realizados y se trata de un delito continuado. El delito continuado está definido en el artículo 49 del Código Penal (modificado por la Ley 26683) y se entiende como violaciones de la misma ley penal cometidos en el mismo momento de acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal.” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 686)

Tal y como indica el autor el delito continuado vendría a ser la ejecución de semejantes acciones

en diferentes momentos pero que a su vez son el mismo tipo penal.

2.3.3.7.5 Participación

Según BUSTOS RAMIREZ indica que:

“La participación es la intervención en un hecho ajeno, por eso presupone la existencia de un autor, de un hecho principal al cual se accede.” (Derecho Penal Tomo I Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del delito y el sujeto responsable, 2008, pág. 776)

Como afirma BUSTOS RAMIREZ que en la participación se va a tratar de la existencia de un autor en cuando a la realización de un hecho delictivo.

Asimismo, HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA menciona al respecto que:

“El término de participación era empleado en el sentido amplio de tomar parte en un acto delictivo. Comprendía pues a la coautoría, pero no a la autoría propiamente dicha que trata de un concurso de personas en la comisión del delito. En el Código vigente, con mejor criterio, se hace referencia expresa a la autoría.” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 132)

Al respecto lo mencionado por el autor, podemos inferir que la participación vendría a ser el hecho delictivo que va a ser realizado por un conjunto de

sujetos a los cuales se les deberá imponer una pena en función a la intervención en cuando a la comisión del delito.

Finalmente, VILLA STEIN expone que es de señalar:

“La instigación y la complicidad son dos modalidades de participación en un delito que pueden acarrear equiparación de pena con las del autor o su disminución prudencial (arts. 24 y 25 del C.P.)” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 576).

Es claro que, la participación significara la intervención que tiene un sujeto cualquier en un hecho ajeno, existiendo de esta forma participación cuando interviene en un hecho antijurídico o que va en contra de las normas de un autor, por lo que estaríamos hablando de aportaciones ya sea accesoria o dependiente, observando así una complicidad tal y como lo menciona Villa Stein lo cual podría una disminución en cuando a la pena que será impuesta, por lo que la participación dependerá de la existencia de un hecho principal antijurídico, lo cual presupone la existencia de un autor y no del partícipe.

2.3.3.7.6 Contravención del plazo razonable.

Tenemos que “el efecto preventivo de la imposición de una pena decae con el transcurso del tiempo y se desnaturaliza el fin de la pena y del Derecho Penal con plazos indeterminados, con persecución

es perennes” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 576).

Respecto a lo mencionado anteriormente podemos indicar que el mismo vendría a ser una garantía que tiene todo sujeto que está sometido a un proceso penal, donde su imputación no se extienda ilimitadamente en cuanto al tiempo, si no que a su vez sea sometido a un juzgamiento sin dilataciones indebidas

2.3.3.8 El Sistema de Tercios En La Determinación Judicial De La Pena.

Mediante la ley N° 30076, en el Perú en fecha 19 de agosto del 2013, se incorporó el artículo 45-A al Código Penal la denominada “teoría de los tercios”, donde se establece que la pena concreta se dividirá en tercios, con la finalidad de generar una regla para la aplicación de la pena en un caso concreto. Esto, es que el Código Penal Peruano, adopta la teoría de la ponderación, siendo:

“Primero, se encuentra el sistema de penas utilizado por el Código Penal Francés de 1791, que establecía penas fijas absolutamente determinadas por el legislador. A este sistema se le opone completamente el sistema de penas indeterminadas utilizado en el Derecho anglosajón, en el que se deja amplio arbitrio al juez para fijar la pena” (Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 822).

“Segundo, que el sistema consiste en una ponderación de ambos extremos, es decir, se asume un sistema de penas parcialmente determinadas en la ley que deja ciertos

márgenes de discrecionalidad judicial”
(Derecho Penal Parte General, 2012, pág.
822).

Es así que nuestros legisladores, adoptan la segunda posición, como bien lo determina el Acuerdo Plenario N° 1-2008, en el cual se establece que, en nuestro país, se ha adoptado un sistema legal de determinación del tipo intermedio; esto es, que el legislador determina el mínimo y el máximo de la pena que corresponde para el delito, para la aplicación en el caso concreto. Asimismo, se tiene la publicación de la ley N° 30076, en el cual se incorporan varios artículos al Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, entre los que resulta importante para el presente escrito lo prescrito por el artículo 45-A, en el que se divide la pena en tercios.

Como se describe de la incorporación del artículo 45-A, existe un procedimiento de individualización de la sanción penal, partiendo de un sistema mixto, dejando ciertos criterios subjetivos al juez, pero no dejando al libre albedrío una imposición de sentencia, el cual sería injusta y desproporcionalidad al hecho cometido, como son algunos casos del derecho anglosajón.

- **LOS PROCESOS PARA INDIVIDUALIZAR LA PENA.**

Existen tres etapas para individualizar la pena. Es así que la primera etapa consiste, en identificar el espacio punitivo previsto en la Parte General del Código Penal y dividirla en tres partes.

Ejemplo:

Para el delito de Violación de Menor de Edad, el cual prescribe en su artículo 173° inciso 2 lo siguiente: “El que

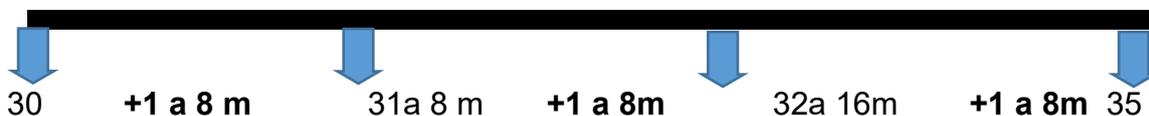
tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: (...) 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años ni mayor de treinta y cinco”. En consecuencia, aplicando lo descrito por el primer párrafo del artículo 45-A, se tendrá lo siguiente:



Para determinar los espacios punitivos de lo descrito en el Código Penal, se debe tener en cuenta la siguiente fórmula:

La pena mayor, debe restarse con la pena menor. El resultado de esta debe ser multiplicado por 12 -que son el número de meses-, y así luego dividirla en tres partes; para que así, se vuelva a dividir entre 12 (número de meses) para hallar la producción aritmética.

- I) $P_{mayor} - P_{menor} = 35 - 30 = 5$. II) $5 \times 12 = 60$ meses.
 III) $60 / 3 = 20$ meses III) $20m / 12m = 1 \text{ año } 8 \text{ meses}$ Producto aritmético.



- a. Establecida la pena concreta, se determinará la pena siguiendo la concurrencia tanto agravantes o atenuantes. Es así que en esta fase se operativiza mediante las circunstancias simples de atenuación y agravantes.

Es así que lo prescrito por el inciso 2 del artículo 45-A¹ quedaría separado de la siguiente fórmula:



- En consecuencia, cuando el agente activo del delito esté dentro de los supuestos establecidos por el inciso 1 del artículo 46 o simplemente no tenga ninguna circunstancia de agravación o atenuación de penal, se le determinara dentro del tercio inferior. Es así que, tomando el ejemplo anterior, el agente activo del delito que se encuentre en el tercio inferior, tendrá un margen de penalidad por el delito de Violación contra la Libertad Sexual, en el inciso 2, entre los 30 años a 31 años 8 meses.
- Cuando el agente activo del delito, tenga una circunstancia genérica agravante y una circunstancia genérica atenuante, la pena se establecerá dentro del tercio medio. Es así que la pena estará establecida, por ejemplo, para el delito de Violación contra la Libertad Sexual, en el inciso 2, será entre los 31 años 8 meses hasta los 33 años 4 meses.
- En el tercer supuesto, la concurrencia únicamente de agravantes cualificadas, es decir cuando concurren circunstancias establecidas por el inciso 2 del artículo 46, donde comprende únicamente las circunstancias agravantes, se establecerá la pena dentro del margen de los 33 años 4 meses hasta los 35.

¹ Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas: a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

2.4 Teorías de la pena

En un sub título anterior, hemos reflexionado de una manera muy somera sobre la justificación de la pena, el cual tiene una íntima relación con la teoría de la pena. Por ello, en las presentes líneas haremos un análisis más específico de las teorías de la pena, el cual nos permite establecer ¿en el Perú? ¿cuál de las teorías de la pena asumimos?

Por ello, es importante hacer una retrospectiva a la teoría de la pena, porque esta última, no siempre fue preocupación para los penalistas o doctrinarios que estudiaban las sanciones penales. Al respecto, tenemos que, “desde los inicios teóricos del Derecho Penal a fines del siglo XVIII, uno de los problemas que más preocupó a los autores fue la pena. Problema que ha ido ligado al carácter de Derecho Público del Derecho Penal y que ha dado origen a lo que se denomina el Derecho Penal subjetivo” (Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal, 2013, pág. 213).

Asimismo, tenemos que “la pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal, cuyo origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituye por su gravedad, el medio de mayor severidad que puede utilizar el estado, de tal manera asegura la convivencia en la sociedad” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 45).

Según lo señalado por el autor anterior, la pena hace posible nuestra convivencia y además constituye el único medio del cual el Estado puede hacer uso para garantizar dicha convivencia en caso se vea violentada de alguna manera por la comisión de un ilícito penal, por lo que también podemos inferir que la pena es un castigo que establece la ley y que como tal ha de recaer a quien en este caso comete un delito, todo ello para poder mantener el orden jurídico, por lo que la pena cumpliría un rol importante de suma utilidad que sería la prevención, debido a que el Estado reacciona

frente a un delito manifestándolo así como una sanción, imponiendo así una pena, con lo que lograra evitar conductas delictivas que no favorezcan a una sociedad, por lo que producirá una pérdida o restricción de los derechos fundamentales impuestas por el órgano jurisdiccional, el cual se llevara mediante un proceso, al sujeto que es responsable de la comisión del delito perpetrado.

Asimismo, según detalla BRAMONT-ARIAS:

“(...) la teoría de la pena está vinculada a la función que corresponde al Derecho Penal dentro de la sociedad; amparándose en que la justificación de la pena es mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social, por tanto aplicar la pena a un individuo es disminuirle su capacidad de actuación dentro de la sociedad e incluso puede haber casos en los que se anule totalmente, de tal manera que ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre su libertad, la cual se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo.

Por ello el Derecho Penal se caracteriza por imponer sanciones, las cuales de acuerdo a nuestro Código Penal pueden ser penas o medidas de seguridad. El contenido del Derecho Penal gira en torno al fin de la pena y las corrientes modernas, apuntan a desplazar las penas cuando ellas resulten innecesarias, ante ello se distingue las teorías absolutas, las relativas y la unión de las antes mencionadas denominándola teorías mixtas” (Manual de Derecho Penal, Parte General, 2008, pág. 95).

Entonces podríamos resumir que la importancia o la justificación que va a tener el Derecho Penal en la sociedad, será: i) Mantiene el ordenamiento de la sociedad para su desarrollo, ii) Disminuye la capacidad de libertad y iii) Reprime comportamientos solamente que dañan gravemente a la sociedad.

Es conocimiento a la importancia de la pena, es importante desarrollar cada una de las teorías de la pena.

2.4.1 Teorías Absolutas o Redistributivas

Primero debemos de referirnos a lo que indica el maestro García Pablos de Molina, indicando: Desde el enfoque de este tipo de teorías, *la pena solo puede justificarse por razones de justicia o de necesidad moral* y se concibe como retribución divina, moral o jurídica, no importa si la pena cumple otros fines, porque estos serían ajenos a su esencia” (Derecho Penal, Parte General Fundamentos, 2009, pág. 197).

Es así, que el maestro español concibe a la pena no como un sentido de rehabilitación o reeducación del penado a la sociedad, sino como una necesidad de justicia y una retribución divina. Por ello, esta teoría de la pena “aparece ya plasmado en el pensamiento de dos filósofos de la cultura europea, Kant y Hegel, por medio de esta teoría se menciona que el sujeto que comete un delito se le aplica una pena como retribución al hecho que cometió” (Manual de Derecho Penal, Parte General, 2008, pág. 96).

Siendo así, cuando los pensamientos de estos dos grandes filósofos han traído consigo que la pena anteriormente solo tendría una finalidad de venganza de talión “ojo por ojo”; donde describe que la pena no tiene una justificación en sí, solo sirve retribuir el daño causado por un sujeto activo que ha cometido el delito, hallando de esta manera la justificación en sí misma.

De igual manera, tenemos que:

“(…) esta teoría apela exigencias incondicionadas de justicia, exigencias absolutas es de allí su denominación. En otras palabras, la pena se considera como aquella retribución del delito cometido, a manera de

compensación, en el sentido que el delito se concibe como un mal en sí mismo y la pena compensa dicho mal, de manera que el infractor salde definitivamente su deuda con la sociedad”.

Esta teoría parte de la imagen del hombre como ser racional y libre, y estiman que la pena ha de ser justa y merecida, esto es proporcionada al injusto culpable del autor, por ello la pena se constituye como un fin en sí mismo, no como un medio o instrumento al servicio de ciertas metas u objetivo” (Derecho Penal, Parte General Fundamentos, 2009, pág. 198).

Dicho en palabras simples, para esta teoría la pena es una respuesta o retribución al daño causado, debiendo por tanto ser proporcional al mal ocasionado. Por ello, la pena no tiene ningún fin en sí mismo y únicamente sirve de instrumento para el cumplimiento de la retribución del acto delincuenciales.

2.4.1.1 Diversas Formulaciones

De acuerdo a lo señalado por GARCIA-PABLOS DE MOLINA “las doctrinas absolutas surgen en la polémica de la ilustración griega y del mundo antiguo, encuentran su mayor apoyo en el principio de responsabilidad ética individual y de la culpa moral del cristianismo y penetran vigorosamente como reacción a los excesos utilitaristas de la ilustración” (Derecho Penal, Parte General Fundamentos, 2009, pág. 198).

KANT, según señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA:

“(…) sostiene que la pena es la retribución a la culpabilidad del sujeto, parte de la necesidad absoluta de la pena que deriva de un imperativo

categorico de un mandato de la justicia y no admite excepciones de ningún género.

La justicia de la pena concreta para Kant, solo se puede conseguir por medio de la aplicación rigurosa de la “ley del talión”, puesto que dicha ley era la única capaz de determinar la calidad y cantidad merecidas” (Derecho Penal, Parte General Fundamentos, 2009, pág. 199).

Por su parte, VILLAVICENCIO TERREROS, respecto a la posición de KANT, señala que:

“Es decir, Kant refiere que la conducta debe ser moral y lo es cuando debe responder a un deber de conciencia. Considerando que la pena es un imperativo categorico un mandato de justicia incondicional que imponen determinadas conductas y están libres de cualquier consideración final; si el imperativo categorico es observado, cumplido y respetado por el sentimiento de deber se llega a la moralidad, pero si tal imperativo categorico es observado de diferente manera a su cumplimiento se llega a la legalidad, produciéndose la transgresión y como consecuencia indeclinable, el castigo” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 50).

Seguidamente, tenemos la posición de HEGEL, mencionada por BRAMONT- ARIAS TORRES, para quien “la pena es la afirmación del derecho que fue negado por el delito, negación que solo se contesta con otra negación, que es la pena, en otras palabras, la pena es la negación de la negación del derecho” (Manual de Derecho Penal, Parte General, 2008, pág. 96).

Por su parte, GARCIA-PABLOS DE MOLINA señala que:

“(…) en contraposición a la fundamentación kantiana, talionar, metafísico, por una concepción valorativa y simbólica que ve en la pena no una institución metafísica o moral, sino una institución estatal, una institución cuya justicia reside no en producir al delincuente el mismo e idéntico mal y sufrimiento que este ocasionó, sino en arbitrar una respuesta adecuada y suficiente en términos valorativos- al delito.

Es de recalcar que Hegel fundamenta su teoría de la pena en un concreto marco histórico político: el Estado de la Revolución Francesa, que nada tiene que ver con el marco ahistórico y atemporal de la concepción metafísica kantiana” (Derecho Penal, Parte General Fundamentos, 2009, pág. 201).

Finalmente, tenemos a Binding, cuya posición es expuesta por GARCIA-PABLOS DE MOLINA, de la siguiente forma:

“La postura Binding sostiene una fundamentación absoluta de la pena, pues ella no persigue otra cosa que mostrar al delincuente su impotencia ante la ley y someterle a la fuerza victoriosa del derecho. Propugna el sometimiento coactivo del delincuente en aras de la perseveración del señorío del Derecho aplicándose, eso sí en un mal proporcionado a la gravedad del hecho cometido y a la culpabilidad del autor” (Derecho Penal, Parte General Fundamentos, 2009, pág. 202).

A manera de resumen, podemos indicar lo señalado por BUSTOS RAMIREZ, quien indica:

“Por todo lo antes mencionado, para las teorías absolutas, la pena es un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho. Donde cada uno de los males tiene la misma naturaleza jurídica, implicando una afección a bienes jurídicos y sobre esa base es que se plantea la posibilidad de adecuación relativamente precisa entre la medida de un mal y otro” (Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal, 2013, pág. 224).

2.4.2 Teorías Relativas o Preventivas

Debemos de señalar preliminarmente que la teoría relativa o preventiva, tiene como premisa determinar para qué sirve la pena, como Señala BUSTOS RAMIREZ que “las teorías relativas o de la prevención se preocupan no del fundamento de la pena, sino, de su utilización, es decir del ¿para qué sirve la pena?” (Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal, 2013, pág. 226).

Dicho de otra forma, las teorías relativas buscan establecer la finalidad de la pena, o sea, qué función cumplirá y si ésta resultará útil, por lo tanto buscara en su exigencia, tanto utilidades sociales o individuales, siendo así que las mismas se justificaran por sus necesidades para que se pueda evitar la comisión de nuevos delitos, para la teoría relativa no se tiene que realizar la justicia en el mundo, sino lo que busca es respaldar a la sociedad, no constituyendo así un fin en la misma , sino más bien un medio de prevención.

VILLAVICENCIO TERREROS refiere que se trata de una:

“(…) teoría antigua del Derecho Penal, que atiende solo al fin de la pena y le asigna utilidad social (prevención), se

diferencia de la justicia que es teoría absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales”

Esta teoría está fundamentada en razones ideológicas de índole humanitaria, utilitaria, racional y social debido a que apuestan por el hombre que ha delinquido, en la búsqueda de su capacitación y educación por medio de una apropiada actuación pedagógica social hacia él” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 54).

Como puede verse de lo anteriormente acotado, esta teoría concibe al condenado como un sujeto pasible de reeducación y reincorporación a la sociedad, a pesar del delito cometido.

Las principales corrientes de esta teoría son la prevención general y prevención especial, las cuales pasaremos a desarrollar.

2.4.2.1 Prevención General

Como bien señala VILLAVICENCIO TERREROS, “la pena sirve para intimidar a todos los individuos con la finalidad que no cometan delitos, pues se trata de una prevención que no actúa frente al delincuente sino frente a la colectividad; motivo por el que se le denomina la teoría de la prevención general” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 55).

Dicho lo anterior, la pena serviría para desanimar a los miembros de la sociedad de cometer actos delictivos, es decir, para evitar que las personas cometan delitos por temor a la sanción que podría acarrear dicha conducta.

ANTON ONECA, citado por BUSTOS RAMIREZ, refiere que “la prevención general se trata de una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir, que en el fondo se trata de un

escarmiento en cabeza ajena” (Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal, 2013, pág. 224). Así, para este autor la prevención general constituye una forma de amenaza o advertencia de que todo acto delictivo genera consecuencias y por tanto las personas deberían abstenerse de conductas de este tipo.

Según señala VILLAVICENCIO TERREROS, esta prevención:

“se encuentra en las tres etapas de la realización de la pena, primero por intermedio de la amenaza generalizada de la pena donde se confía en la conminación penal contenida en la ley por su fuerza de advertencia que debe paralizar a eventuales impulsos delincuenciales; segundo mediante el dictado de la sentencia, ya que por medio de la reprobación del autor contenido en una sentencia se generaría la intimidación generalizada; tercero por medio de la ejecución de la pena, pues se utilizaría el sufrimiento del delincuente para producir una intimidación generalizada pues con el haber fracasado el efecto preventivo general de la ley” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 56).

Por su parte, BUSTOS RAMIREZ apunta que “esta teoría se debate entre dos ideas: la utilización del miedo a manera de una forma de control social, con el que entra en el estado del terror y en la transformación de los individuos en animales y la valoración de la racionalidad del hombre” (Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal, 2013, pág. 227).

Asimismo, agrega que “la base del pensamiento preventivo general no solo está en el argumento de la racionalidad, sino también en la utilidad. Esto es, que la pena tenga utilidad para la sociedad, no

simplemente debe plantearse disquisiciones metafísicas sobre ella” (Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal, 2013, pág. 230).

A este aspecto, establece que dicha función motivatoria del Derecho Penal la cual se dirige a todos los ciudadanos, la figura en cómo tiene lugar este proceso motivatorio es lo va a diferenciar los dos tipos que existen en el interior de esta teoría: la prevención general negativa y positiva

2.3.2.1.1 Prevención general negativa

Al respecto, se señala que:

“En nuestra realidad la pena está cumpliendo este papel – coaccionar, intimidar a todos los miembros de la sociedad, muestra de ello es la implantación de la cadena perpetua, la cual tiene por finalidad intimidar a los ciudadanos para que no cometan delitos; por todo lo antes mencionado podemos indicar que esta teoría se basa primero: en el miedo que emplea, segundo: se trata a las personas como si fueran animales” (Manual de Derecho Penal, Parte General, 2008, pág. 100).

Por su parte, Villavicencio Terreros indica que:

“(…) según esta teoría, la pena busca inhibir a las personas en la comisión del delito mediante intimidación o disuasión a estas a través de la aplicación de la pena, se orienta a evitar que se produzcan nuevos delitos advirtiendo a los ciudadanos de las consecuencias de cometer delitos, generando temor a la colectividad, por

medio de la intimidación” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 57).

En resumen, la prevención general negativa entiende que la pena tiene por finalidad evitar la comisión de delitos, haciendo uso de la intimidación social, debido a que la misma se caracteriza por ver a dicha pena como un mecanismo de intimidación para poder motivar a los ciudadanos a que estos no lesionen los bienes jurídicos que están penalmente protegidos por lo que a través de la intimidación puede observarse en dos momentos del sistema pena siendo la norma penal y la ejecución de la pena.

2.3.2.1.2 Prevención general positiva

Respecto a este tema, tenemos que:

“Busca la afirmación del derecho en un Estado social y democrático. Para limitar la tendencia en un terror penal por medio de una progresiva agravación de la amenaza penal, propia de la prevención general negativa, algunos autores toman el camino de la afirmación positiva del derecho, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto hacia el derecho.

Se entiende que se dirige a la colectividad y busca producir en ella la fidelidad y el interés hacia la fuerza y la eficacia de la pena halladas en las sentencias; con ello busca que la ciudadanía crea en sus instituciones y lleve a la integración de la misma con las actividades judiciales” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 58).

Desde el enfoque de esta teoría, la pena no sirve como una forma de amenaza, sino que debe buscar el respeto hacia las normas, mediante una aplicación efectiva de la misma, la cual se mantiene en la lógica de la motivación de los ciudadanos cambiando el mecanismo de su realización, por lo que la amenaza no es la forma de motivar a los ciudadanos a no infringir bienes jurídicos, si no el fortalecimiento que la pena produce en cuando a la convicción de la población sobre la intangibilidad de dichos bienes jurídicos, por lo que la misión del Derecho Penal consiste en proteger los bienes jurídicos a través de los valores éticos, indicando así la pena al derecho como un orden ético.

2.4.2.2. Prevención Especial

Según señala BRAMONT-ARIAS TORRES, esta teoría:

“Propugnada por Von Liszt quien señala que el delincuente no debe volver a delinquir, para ello se hace necesario observar una triple dimensión de la pena: intimidación para aquel delincuente ocasional no necesitado de corrección; resocialización dirigida al delincuente que es susceptible de corrección a través de la educación durante el tiempo de cumplimiento de la pena, inocuización dirigida a la anulación del delincuente habitual incorregible” (Manual de Derecho Penal, Parte General, 2008, pág. 101).

Refiere BUSTOS RAMIREZ que es “de muy antigua data, más lo importante es su aparición dentro del estado de derecho, ya como una posición sistemática y con clara influencia en la legislación y en tal sentido es posterior tanto a la retribución como a la

prevención general” (Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal, 2013, pág. 234).

De igual manera, VILLAVICENCIO TERREROS refiere que:

“En la prevención especial o individual se considera que la finalidad de la pena está dirigida a influir directamente sobre el agente de manera individual, asimismo tiende a evitar consecuencias ilícitas futuras mediante la actuación sobre una persona determinada, pues no se dirige al hecho delictivo cometido sino al individuo mismo que no es cualquiera más que el autor del hecho ilícito, motivo por el que se dirigen a individuos ya delincuentes de allí su denominación prevención individual; centrándose en la imposición y ejecución de la penas. Su objeto principal es evitar que el delincuente vuelva a cometer varios delitos. Esto lo logrará por diferentes vías, tomando en cuenta los diferentes tipos de delincuentes. La idea de prevención se halla ligada a la idea de peligrosidad del sujeto donde se asigna a la pena la función de ser un mecanismo que evite la comisión de futuros delitos teniendo como limite a su actuación la evaluación del autor en virtud a su grado de peligrosidad, buscando la neutralización, corrección y reeducación del delincuente” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 62).

A partir de lo anteriormente acotado, tenemos que la prevención especial considera que la pena debe, o busca, impedir que el condenado cometa delitos nuevamente. Es decir, busca que el delincuente “aprenda la lección”, asimismo, podemos indicar también que la misma, parte de la idea de un efecto motivatorio de la pena, no dirigiéndose a la colectividad, sino al delincuente, por

lo que la pena impuesta al que delinque no le genera un efecto intimidante, si no la pena tendrá la tarea de corregir a dicho sujeto intimidarle, pero si este no logra corregirse no quedara más que su eliminación como un sujeto futuro de poder realizar nuevos delitos, siendo así que su resocialización se convertiría en una garantía para este sujeto, es decir, una mera posibilidad que le ofrece para que se le puede reinsertarse en la sociedad.

2.3.2.2.1 Prevención Especial Positiva o Ideológica

Este tipo de prevención especial “asigna a la pena la función reeducadora resocializadora e integradora del delincuente a la comunidad, ubicando al hombre no como un mero instrumento, sino como una finalidad más en búsqueda de su corrección o curación” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 64).

Igualmente, la prevención especial “busca dar vital importancia al tratamiento penitenciario, designando a la pena el papel de mejorar moralmente a la persona humana para llegar al progreso ético de la sociedad y de la humanidad” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 65).

Desde este punto de vista, la manera de evitar que la persona incurra en nuevo delito, es asegurando un tratamiento de rehabilitación dentro del centro penitenciario, de manera que pueda reintegrarse exitosamente en la sociedad.

2.3.2.2.2 Prevención Especial Negativa o Neutralizante

Este tipo de prevención:

“Otorga a la pena la función de mantener alejado al delincuente de las demás personas y así mantener a la sociedad libre del peligro, es decir inocuizarlo mediante el internamiento asegurativo tendente a su neutralización de manera que de esa manera se busca evitar la producción de delitos a través del alejamiento del condenado, rompiendo así con uno de los principios básicos del Derecho Penal, que es el principio de igualdad” (Derecho Penal Parte General, 2016, pág. 65).

Es decir, la pena servirá como un medio que permita separar al delincuente del resto de la sociedad, en el afán de evitar que siga cometiendo delitos.

2.4.3 Teorías mixtas o Eclécticas

Estas teorías son “llamadas también teorías de unión ya que intenta combinar los elementos legitimantes de las teorías absolutas y de las teorías relativas en una suerte de teoría unificadora combinándose con matices de retribución, la prevención general y la prevención especial” (Manual de Derecho Penal, Parte General, 2008, pág. 102).

Señala BUSTOS RAMIREZ que:

“Esta teoría mixta plantea el carácter esencialmente preventivo del Derecho Penal e intenta unir prevención general con especial, de manera que da mayor preponderancia al criterio preventivo general, este proyecto se plasmó muy claramente en el proyecto alternativo Alemán de 1966, para el cual las penas y medidas tiene el fin primordial de protección de los bienes jurídicos y la reinserción del autor en la comunidad

jurídica” (Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal, 2013, pág. 242).

Señala también al respecto BRAMONT-ARIAS TORRES que “bajo esta perspectiva, la pena traduce una retribución de la culpabilidad, pero al mismo tiempo sirve a la prevención del delito. Por tanto, la única pena legítima sería aquella que al mismo tiempo reúna ambas características: pena justa y pena útil” (Manual de Derecho Penal, Parte General, 2008, pág. 103).

Además, agrega que:

“Esta teoría tiene dos direcciones: a) La primera remarca la idea de justicia por encima de prevención o utilidad, lo principal es la defensa del bien jurídico al afectarlo se debe dar una retribución justa, limitando la determinación de la pena de acuerdo a los principios de la prevención b) la segunda se orienta a la utilidad es decir la prevención, a la retribución solo le corresponde servir de límite máximo de las exigencias preventivas impidiendo así que las mismas conduzcan a una pena superior a la merecida, amparado en la defensa de la sociedad.

Por tanto, lo que se pretende lograr es una adecuada protección de los valores fundamentales de nuestra sociedad, sobre la base del menor costo posible de represión y de sacrificio de la libertad individual.

Nuestro Código Penal comprende una teoría ecléctica de la pena, la prevención general (art. 1 del Título Preliminar del Código Penal), prevención especial (art. IX del Título Preliminar del Código Penal) y retribución (Artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal – Proporcionalidad)” (Manual de Derecho Penal, Parte General, 2008, pág. 104).

Así, nuestra legislación toma en cuenta diversos aspectos de las teorías absolutas y las relativas, tomando una posición ecléctica o mixta, la cual permite una mejor aplicación de las leyes penales, así como de las penas establecidas en ellas.

2.5 Principio de culpabilidad

En el presente capítulo pretendemos abordar lo que se denomina el principio de culpabilidad. Para ello, es importante señalar lo que indica el profesor peruano GARCÍA CAVERO que:

“El principio de culpabilidad se encuentra reconocido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, el cual exige, para la imposición de una pena, la responsabilidad penal del autor. Si bien este artículo utiliza el término “responsabilidad”, el análisis de los proyectos del código penal de 1985 y 1986 muestra que la idea del legislador penal era hacer referencia a la “culpabilidad”. El motivo por el cual operó el cambio de términos fue la intención del legislador de evitar que el empleo del término “culpabilidad” se asocie con las teorías retribucionistas de la pena; más aún, si el texto final del artículo IX del Título Preliminar sacó de los fines de la pena la función retributiva contemplada en los proyectos anteriores. En este sentido, puede decirse que el empleo de la palabra “responsabilidad” en el artículo VII del Título Preliminar del Código penal actual no se debió a un abandono del principio de culpabilidad, sino a un distanciamiento con posturas retribucionistas de la pena” (Derecho Penal Parte General, 2012, págs. 171-172).

El profesor peruano, cuando analiza el principio de culpabilidad indica que se encuentra establecida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal Peruano bajo el denominado “responsabilidad penal”, ahora es importante establecer que dicha medida se toma en consideración a la intención de nuestro Código de 1991 en distinguir la culpabilidad con el principio de culpabilidad.

Agrega el profesor de la Universidad de Piura de Perú, que:

“El principio de culpabilidad establece que la pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto el suceso lesivo pueda atribuírsele como un hecho suyo. En esta formulación lo primero que destaca es que la culpabilidad del autor se determina en relación con un hecho (Derecho Penal del acto), de manera tal que no cabe admitir planteamientos que sustenten la culpabilidad en el modo de vida del autor (Derecho Penal de autor), Esta afirmación no significa que todo lo anterior al hecho carezca de relevancia penal, pues elementos como el dolo, o imputabilidad, o los criterios de medición de la pena tienen necesariamente en cuenta sucesos anteriores a la realización del hecho delictivo que están vinculados a la personalidad del agente. Lo que no resulta de recibo es que la imposición de la pena se sustente o se incremente en razón de aspectos de la vida o personalidad del autor. En este orden de ideas, hay razones atendibles para cuestionar, por ejemplo, la compatibilidad de la agravante del delito de favorecimiento de la prostitución prevista en el artículo 179 inciso 6 del CP con un Derecho Penal de acto, en la medida que sustenta la agravación de la pena en el hecho de que el autor del delito haya hecho

del proxenetismo su oficio o modo de vida” (Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 172).

Cuando el Código Penal Peruano ha establecido el respeto al principio de culpabilidad debe ser entendida como un respeto al Derecho Penal de acto; es decir, que responsabilidad de la acción y no simplemente la aparición del resultado lesivo. Es así que, por ejemplo: No se puede determinar que todas las infracciones penales cometidas por funcionarios o servidores públicos se pretenda extender la responsabilidad al alcalde.

2.5.1 Definiciones

El autor peruano VILLA STEIN, señala que “este principio es garantía del Derecho Penal de que se repriman sólo conductas infractoras de la norma y no personalidades, creencias, valores, intereses, actitudes, modos de vida, o resultados producidos, con independencia de comportamiento responsable alguno” (Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 142).

Dicho concepto indicado por el ex Juez Supremo hace de conocimiento que no puede sancionarse las creencias o pensamientos de las personas; es así, que creemos que por el principio de culpabilidad no se puede extender que la ideación y deliberación (camino del iter crimines) sean sancionadas como delitos, por ello, es importante siempre la acción o la omisión dolosa que realiza el sujeto activo de delito.

Asimismo, el autor POLAINO NAVARRETE señala que, “conforme a este principio, la culpabilidad es el fundamento (no hay pena sin culpabilidad) y el límite de la pena (la pena no podrá rebasar el grado de culpabilidad del agente” (Derecho Penal Parte General, 2015)

2.5.2 Fundamento

ALCÓCER POVIS, se refiere al fundamento de la culpabilidad de la siguiente forma:

“El principio de culpabilidad, como garantía individual, se halla dentro del conjunto de postulados esenciales a todo Estado constitucional de derecho, que operan como límites de la potestad punitiva y se traducen en condiciones necesarias tanto para la atribución penal, como para la cuantificación de la pena. Solamente mediante la vinculación de la pena con la existencia de un “reproche” y de la gravedad de la pena aplicable con la entidad del “reproche” es posible evitar una instrumentalización de la persona que debe sufrirla. En la medida que la pena no se utilice para perseguir solo fines preventivos, se deberá ajustar su gravedad a la culpabilidad” (Introducción al Derecho Penal Parte General, 2014, págs. 44-45).

Cuando hablamos del principio de culpabilidad, es decir, que la pena va a funcionar como un límite a la facultad de sanción. No puede sancionarse conductas que no estén establecidas previamente como delito; y que también, las penas, no pueden sobrepasar el hecho cometido por el autor relacionado al principio de proporcionalidad de la pena.

2.5.3 Alcances

Nos indica ALCÓCER POVIS que:

“El principio de culpabilidad supone la determinación de la imputación sobre la base de que el hecho es atribuible al agente, que no hay imputación a una persona “por lo que es” tampoco por meros resultados (art. VII del TP del CP). Se sanciona al sujeto por la realización de comportamientos antijurídicos. Es decir, aquellos que vulneran las normas que

determinan la práctica de conductas (normas de prohibición o de mandato) y que no cumplen con los requisitos establecidos por las normas de permisión (causas de justificación). En otras palabras, se sanciona la realización de un injusto penal culpable. La culpabilidad por el hecho se distingue de la llamada culpabilidad de azar o por caso fortuito” (Introducción al Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 45).

Cuando el profesor de Lima establece que no es importa el resultado lesivo del sujeto para el principio de culpabilidad, sino lo importante es acción por el sujeto; ratificando en todo momento, que el principio de culpabilidad debe ser previa, es decir, no se puede establecer sancionar comportamientos que no estén en el Código Penal o leyes especiales.

Por su parte, ZUGALDÍA citado por ALCÓCER POVIS menciona:

“(…) que el principio de responsabilidad penal por el hecho no impide que las características personales del autor puedan ser tomadas en cuenta (por evidentes y obligadas razones de prevención especial) en el momento judicial de la individualización judicial de la pena” (Introducción al Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 45).

Continúa ALCÓCER POVIS indicando que:

“El principio de culpabilidad constituye un límite de la potestad punitiva del Estado. Es un principio fundamental del Derecho Penal tan importante como amplio. Se afirma que de este principio se deriva: a) La culpabilidad por el hecho y no por la forma de ser del autor; b) La exigencia de dolo o imprudencia, en

virtud de la proscripción de la responsabilidad solamente objetiva; c) La exigencia de capacidad de culpabilidad y de comportarse de acuerdo a dicha comprensión y d) La proporcionalidad” (Introducción al Derecho Penal Parte General, 2014, pág. 46).

Tenemos entonces que el principio de culpabilidad se traduce en una garantía de que las personas serán penadas por haber cometido un delito y no por su manera de ser.

Respecto a este tema encontramos de sumo interés la posición esgrimida por ROXIN, quien desarrolla seis aspectos que sirven para explicar su postura, los cuales desarrollaremos. En primer lugar, tenemos que:

“La teoría penal de la culpabilidad debe ser independiente de la realidad empírica de la libertad de voluntad, pues ésta no puede ser probada. Y si ella lo fuese, en todo caso, durante el posterior juicio oral ya no podría verificarse con métodos psicológicos o psiquiátricos un “poder actuar de diferente manera” en el momento del hecho. Dado que este dato es indiscutible y tampoco puede eliminarse mediante “reconocimientos” hacia la libertad y la culpabilidad, el Derecho Penal se ve en la imperiosa necesidad de dejar de lado la existencia real y la posibilidad de prueba de la libertad de voluntad. Esto no implica una indiferencia digna de reproche. Lo que pasa es que no existe ninguna otra posibilidad, pues las fronteras del saber humano escapan a las posibilidades jurídicas disponibles” (La teoría del delito en la discusión actual, 2013, pág. 302).

Como puede verse, ROXIN considera que la libertad de la voluntad no puede ser probada y por tanto no puede tomarse en cuenta a fines de determinar la culpabilidad.

Continúa ROXIN exponiendo al respecto que:

“Pero esta necesaria modestia no nos impide reconocer la aprobación recíproca de la libertad como regla de juego social, como improvisación normativa y principio jurídico de regulación. Si se puede comprobar que una persona era alcanzable la situación concreta por el llamado de la norma (“asequible normativamente”), y era receptible a la posibilidad normal de ser determinado por motivos – lo cual puede, en principio, ser investigado empíricamente- partimos de que éste, al tomar una decisión contra el Derecho, ha actuado culpablemente.

Entonces, la suposición de libertad, en la medida en que sobrepasa nuestro saber empírico, es una imputación, pero que no ocurre arbitrariamente. Pues, por un lado, ella tiene un sustrato real (la asequibilidad normativa en el momento del hecho) y, por otro lado, todo el ordenamiento jurídico se basa en la conciencia de libertad de la persona como un hecho sicológico-social que no puede ser eludido.

El Derecho Penal tampoco puede desprenderse de esto si quiere ser aceptado socialmente y motivar al seguimiento de la norma. Todo deber ser pierde su sentido cuando no se reconoce al destinatario “normal” de la norma el poder necesario para seguirla y no se le hace responsable por su mal uso” (La teoría del delito en la discusión actual, 2013, págs. 302-303).

Cuando habla Roxin sobre la responsabilidad indica que la responsabilidad de una persona no puede ser en base al

conocimiento empírico que los órganos jurisdiccionales puedan tener, porque ello conllevaría a una falta de imputación

En segundo término, señala ROXIN que actúa culpablemente:

“(…) quien se comporta típica y antijurídicamente, pese a que en el momento del hecho era normativamente asequible (lo cual no sucede p. ej. en los estados de excepción del art. 20 o en caso de un error de prohibición invencible). Dicho concepto de culpabilidad es claro, sobrio y aplicable en la práctica forense. Se contenta con las comprobaciones que son indispensables para una imputación individual en el Derecho Penal. No puede ser alcanzado por el reproche de vaguedad semántica y de sobrecarga metafísica. Naturalmente, cada uno es libre de vincularlo con ideas filosóficas o teológicas sobre la culpabilidad, pero tal elevación metafísica no influye en el aprovechamiento penal de este concepto” (La teoría del delito en la discusión actual, 2013, pág. 303).

Es decir, ROXIN simplifica el concepto de culpabilidad al relacionarla con el sujeto cuya actuar es típico y antijurídico, y desestima cualquier factor metafísico. Asimismo, para que existe que la culpabilidad deba de probarse, como puede suceder en un error de tipo en el delito de violación sexual de una persona de 13 años 11 meses.

Como tercer punto, ROXIN nos indica una diferencia entre la concepción de culpabilidad como presupuesto de punibilidad y como fundamento o base de una pena retributiva, indicando que:

“La existencia de culpabilidad en el sentido señalado es un presupuesto de punibilidad (y “fundamenta” a ésta en este sentido), pero no legitima ninguna retribución. El pensamiento kantiano de que la idea de justicia exigiría una compensación de culpabilidad desvinculada de los fines y de que la “esencia” o el “sentido” de la pena radicaría con ello en la retribución, es de naturaleza irracional y no es compatible ni con un concepto de culpabilidad libre de metafísica, ni tampoco en absoluto con el Derecho Penal en un moderno estado democrático. Pues éste no puede tener otra tarea que preservar una pacífica vida común y seguras bases de existencia de sus ciudadanos” (La teoría del delito en la discusión actual, 2013, pág. 303).

De esta forma vemos cómo es que ROXIN hace de conocimiento que la culpabilidad siempre estuvo relacionada con la teoría de la pena de la retribución, donde se ha dejado de lado dicha concepción para hablar de las teorías mixtas que este autor defiende, rechazando completamente la retribución de la pena, al señalar que:

“(…) Del rechazo a la retribución se deriva que los objetivos del Derecho Penal son de naturaleza puramente preventiva: éste debe impedir para el futuro acciones insoportables, dañosas socialmente, influyendo en el autor y en la colectividad. Si además hacemos depender la pena, según su motivo y medida, de la culpabilidad del autor, esto solamente sirve para limitar el poder estatal de intervención en la persecución de fines penales preventivos. En aras de la libertad del individuo no queremos penar al inocente, y también al culpable solamente lo

queremos penar en la medida de su culpabilidad. Entonces, la culpabilidad nunca exige una pena; solamente su ausencia excluye la pena y su magnitud determina la frontera máxima de la pena” (La teoría del delito en la discusión actual, 2013, págs. 303-304).

Es decir, que la pena nunca tendrá más que la finalidad preventiva (especial o general) pero no retributiva. Podemos encontrar que Roxin cuando habla de la culpabilidad, deba responder a la proporcionalidad del hecho cometido y a los fines preventivos de la pena, siendo una dualidad que muchas veces es difícilmente analizada en los delitos donde la pena privativa de la libertad es eterna, como es la cadena perpetua, siendo que la pena no tendría ningún fin preventivo, simplemente sería retribuir la acción del sujeto que lesione un bien jurídico fundamental como la indemnidad sexual.

Como quinto aspecto, tenemos que ROXIN hace referencia a la relación existente entre la culpabilidad y la pena, indicando que:

“Si la culpabilidad es necesaria para la pena, pero no la exige, la pena puede quedar por debajo de la medida de culpabilidad o ser reemplazada por otras sanciones (p. ej. la reparación civil) en tanto exigencias preventivas lo evidencien o por lo menos lo permitan. Para esto debe atenderse a necesidades mínimas de prevención general: luego, la pena, aun cuando esté por debajo de la medida de culpabilidad, debe ser todavía aceptada socialmente como suficiente y debe poder restablecer la paz jurídica. Si lo hace, tendrá que ser, por lo demás, determinada según exigencias de prevención especial, pero sin que con esto su duración llegue a sobrepasar la

medida correspondiente a la culpabilidad. También dogmáticamente se puede aprovechar la permisión de quedar por debajo de la culpabilidad p. ej. liberando de pena a la imprudencia mínima o a la culpabilidad mínima en el error de prohibición, en la medida en que no lo permitan exigencias preventivas y la ley admita esta interpretación” (La teoría del delito en la discusión actual, 2013, pág. 304).

Como sexto y último punto, tenemos que ROXIN se refiere a la culpabilidad y a la prevención, refiriendo que:

“Tal concepción es puramente preventiva en los objetivos, pero en el marco de lo socialmente posible –es decir, de lo tolerable desde la prevención general- asegura la libertad individual en el mayor grado imaginable: no debe pensarse sin culpabilidad y no se debe penar más allá de la medida de la culpabilidad, pero tampoco debe pensarse sin necesidad de prevención especial o general. La culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente: sólo puede buscarse prevención a través de la pena bajo el presupuesto y la medida de la culpabilidad, pero también la culpabilidad justifica la pena solamente en el marco de lo preventivamente exigible” (La teoría del delito en la discusión actual, 2013, pág. 304).

Como acertadamente señala Roxin identifica que, en primer lugar, debe comprobar la culpabilidad en la responsabilidad penal del sujeto. Ahora, cuando de comprobarse esta no puede ser superior al delito cometido y a la vez, no puede separarse de las teorías preventivas de la pena.

Seguidamente, consideramos pertinente apuntar lo expresado por RUSCONI respecto al principio de culpabilidad. Este autor indica que:

“La idea, absolutamente trascendente, de que no hay crimen sin culpa, ha estado ligada a los cimientos ideológicos del Derecho Penal liberal.

Se trata de que es condición imprescindible para la aplicación de una pena legítima que se demuestre que el sujeto activo ha tenido la posibilidad de optar entre la infracción de la norma y la motivación en favor del ordenamiento jurídico.

El sujeto ha debido tener la posibilidad de elegir entre lo ilícito y lo lícito. El principio así definido remite a una instancia en la que se aniquila cualquier posibilidad de imputación en los casos de responsabilidad meramente objetiva, caso fortuito, o ausencia de dolo o imprudencia. El principio de culpabilidad remite a una función de normas muy clara. Las normas tienden a una función de comunicación y motivación del agente. Si esta instancia de motivación no se verifica, se anula la posibilidad jurídica de la imputación de culpabilidad” (Derecho Penal Parte General, 2016, págs. 134-135).

Asimismo, RUSCONI cita a ZAFFARONI y a otros, quienes indican que:

“El principio de culpabilidad es la expresión más acabada de exigencia de respeto a la persona. Puede subdividirse en dos principios: a) exclusión de la imputación de un resultado por la mera causación de este, y b) prohibición de ejercicio del poder punitivo cuando no es exigible otra conducta adecuada al

derecho” (Derecho Penal Parte General, 2016, págs. 134-135).

Tal concepción con respecto al principio de culpabilidad mencionado por ZAFFARONI al indicar que vendría a ser la expresión mas terminada con respeto a la persona, por lo que va a consistir en el juicio que va a permitir vincular de forma personal el delito a su autor y a su vez operar como el principal indicador.

STRATENWERTH, citado por RUSCONI, expone que:

“Si se sostiene que es la culpabilidad del infractor del derecho la que exige y justifica su punición, se presupone que su hecho se debe a una libre decisión de la voluntad, que admite que él sea objeto de un reproche personal (moral). Esta relación no solo halla su fundamento en la evolución histórica, sino que también se ha convertido en un vínculo indisoluble en el plano de la psicología social. Según la concepción general, la pena presupone la reprochabilidad de la conducta penalizada y a la vez la pone de manifiesto.”
(Derecho Penal Parte General, 2016)

2.6 La Reincidencia

De manera general, debemos decir que la figura de la reincidencia, juntamente con la de la habitualidad, han generado bastante controversia en el Perú. Para ilustrar de mejor manera lo señalado anteriormente, creemos importante mencionar lo señalado por el autor peruano GARCÍA CAVERO, quien se refiere a estas figuras de la siguiente forma:

“Especialmente discutible es si las figuras de la reincidencia y la habitualidad resultan compatibles con un Derecho penal de acto. En la exposición de motivos del Código penal actual se señaló expresamente que estos supuestos de agravación carecían de lógica, humanidad y sentido jurídico,

resultando no solo contrarias a un Derecho penal de acto, sino también al principio del *non bis in ídem*. Se llegó incluso a decir que, desde el punto de vista de la prevención general, la reincidencia y la habitualidad no habían servido para atemorizar a los delincuentes, por lo que habría que proscribir estas formas aberrantes de castigo. Este postulado original del Código penal, sin embargo, ha sido dejado de lado, primero de forma particular en la legislación antiterrorista y posteriormente de manera general. En efecto, en la actualidad las figuras de la reincidencia y la habitualidad han recobrado vigencia mediante la incorporación en el Código penal de los artículos 46-B y 46-C a través de la Ley 28726 de mayo de 2006 ², sobre cuya constitucionalidad se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia STC 014-2006-PI/TC³ (Derecho Penal Parte General, 2012, págs. 172-173) .

Cuando en el Perú se analiza la reincidencia, se indica que nuestro Código Penal de 1991 cuando adoptó la responsabilidad penal de acto, quedando proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva; es decir, queda prohibido aplicar el Derecho Penal del autor. Por ello, la reincidencia y la habitualidad habían sido retiradas de nuestra legislación, tanto más que no cumplían con la finalidad de la prevención general, por ello, era su necesidad de proscribir las. Sin embargo, en el 2006 nuevamente aparece estas figuras para hacerle frente a la criminalidad denominándose la ley N° 28726 “LEY QUE INCORPORA Y MODIFICA NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 46 , 48, 550 , 440 Y 444 DEL CÓDIGO PENAL, Y EL ARTÍCULO 135 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL”, siendo ampliamente cuestionadas por la doctrina y un sector de la población, realizaron el proceso de

² Disposiciones que han sido posteriormente modificadas para intensificar su contenido.

³ Vid., con mayor detalle. ORE SOSA.

inconstitucional, donde se declaró que dicho precepto, no vulnera el Derecho Penal de acto y que tampoco vulneraba el principio de ne bis in ídem, declarando compatible con nuestra constitución peruana de 1993.

2.6.1 Fundamento doctrinal.

Nosotros hemos tratado de analizar lo que algunos doctrinarios conceptúan a la reincidencia en relación al Código Penal de 1924, es así, que tenemos el concepto de Peña Cabrera:

“La reincidencia destaca la condición personal del agente, perfil que la ley debe tomar en cuenta para los fines reeducadores de la pena. Es importante mencionar que la reincidencia agrava la pena por el nuevo delito. Para Carrara, que, al castigar más al reincidente, no se le reprocha de nuevo el delito precedente, asimismo no se le toma en cuenta la maldad del delincuente, no se le mortifica porque no haya sido correcto, más por el contrario la imputación queda la misma” (Tratado de Derecho Penal, Volumen I Parte General, 1983, pág. 279).

Cuando el maestro analizaba la reincidencia, quedaba claro que la reincidencia era una gravante de la pena para el nuevo delito. Ahora, el autor citando al maestro Carrara, indicaba que al reincidente no pertenece al Derecho Penal de autor, sino al acto porque se le sanciona por el nuevo delito cometido.

Ya con la actual redacción de la ley N° 28726 que incorpora la reincidencia y la habitualidad, se ha establecido que:

ROJAS VARGAS nos dice que:

“(…) se entiende por reincidencia aquella circunstancia específica en la que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de sus conductas anteriores, con la finalidad de determinar la graduación de las penas; por ello se indica que la reincidencia se ocupa de los problemas de las disposiciones legales que habilitan mayor poder punitivo en razón de que la persona, con anterioridad hay sido condenada o haya sufrido otra pena por otro delito” (Código Penal Parte General, Comentarios y Jurisprudencia. , 2016, pág. 678).

El maestro de la Pontificia Universidad Católica de Perú, indica que la reincidencia apertura a que se analice el delito permitiendo una valoración de su conducta anterior, teniendo como finalidad el incremento de la pena. Ahora, no creemos nosotros tenemos la idea que no se analiza el delito anterior para la reincidencia, es decir, no se valora, por ejemplo: El delito cometido, la gravedad del delito anterior o en los hechos que dieron origen a la sentencia, nosotros creemos que la reincidencia simplemente tiene fundamento en la consecuencia jurídica, es decir, en la pena, no teniendo relevancia o importancia, los hechos que dieron origen a la sentencia anterior.

Por su parte, HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA indican que:

“(…) ante la reincidencia se incrementará la pena conminada hasta en una mitad por encima del máximo legal previsto para el nuevo delito cometido, asimismo si el reincidente hubiera sido beneficiado con el indulto o

conmutación de pena también se elevará la penalidad en igual proporción; sin embargo cuando se trate de los delitos graves señalados en el segundo párrafo del art. 46-B, la pena se aumentará en no menor de dos tercios por encima del máximo legal correspondiente, ante ello no serán procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 338).

Ahora, la posición de los maestros indica que la reincidencia es una agravante de la responsabilidad penal. Ahora, indica que es perfectamente aplicable la reincidencia cuando a una persona se le haya concedido el indulto humanitario o amnistía.

Un importante aporte realizado por los maestros son las consecuencias acarrea determinar a una persona como reincidente. Por ejemplo: Se le elimina los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

2.6.1.1 La Calificación de reincidencia delictual a partir del tipo de pena de condena anterior.

El autor busca analizar la reincidencia (artículo 46-B del Código Penal) con respecto a su aplicación de la judicatura nacional, incluyendo también de manera precisa la clase de pena que debe de observarse en la sentencia para su configuración como circunstancia agravante, centrando su descripción en la sentencia recaída en el Exp. N. 00044-2014-77-1009-JR-PE-01 donde GARCIA ZALIZAYA señala que:

“El 12 de noviembre de 2014, el juzgado unipersonal de provincia de Espinar (Cusco) expidió sentencia (resolución N.º7), en el Exp. N.º 00044-2014-77-1009-

JR-PE-01; condenando al acusado por el delito contra la familia, en la modalidad de omisión de asistencia familiar, subtipo omisión de prestación de alimentos, imponiendo 4 años de pena privativa de libertad con carácter suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años, bajo estricto cumplimiento de reglas de conducta. De acuerdo con lo previsto por el artículo 149, primer párrafo, del Código Penal vigente, el incumplimiento de obligación alimentaria se encuentra reprimido con pena privativa de libertad no mayor de 3 años.

En este caso concreto, el juzgador aplicando la circunstancia agravante cualificada de reincidencia, impuso al acusado la pena de 4 años con carácter de suspendida, llegando a incrementar 1 año por encima del máximo legal previsto por la ley para el delito en referencia. El fundamento jurídico es el siguiente: (...) 9.2 En el presente caso, el delito imputado, se halla en su extremo con tres años de pena privativa de libertad, sin embargo, por ser reincidente el acusado, el Fiscal ha solicitado (...) 4 años y 6 meses de pena privativa de libertad efectiva (...); en el caso de autos el acusado es reincidente, al haber sido sentenciado en el proceso también de omisión de asistencia familiar en el expediente N.º 131-2011-77, por lo que la pena suspendida debe elevarse proporcionalmente por encima del máximo que es de tres años, acorde a lo

previsto por el artículo 46-B del Código Penal (...).

Se indica que el acusado es reincidente, al haber sido sentenciado en el proceso N.º 131-2011-77, también, por omisión de asistencia familiar. No obstante, en ese proceso el sujeto activo fue condenado a 2 años, 6 meses y 26 días de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución, por el periodo de 1 año y medio y, bajo reglas de conducta” (Actualidad Penal Al día con el Derecho, 2015, págs. 121-122)

Al respecto de lo anteriormente señalado, el autor señala que en dicho Expediente se observa que se dio un fallo condenatorio al acusado con una pena que está por encima del máximo legal fijado, indicado que el mismo sería reincidente, a consecuencia de haber sido anteriormente sentenciado en el proceso N° 131-2011-77 igualmente por omisión de asistencia familiar, siendo este un delito de la misma naturaleza, resaltando que en dicho proceso ya habría sido condenado por una pena privativa de libertad suspendida.

2.6.1.2 Observancia de tipo de pena de condena anterior para la calificación de reincidencia

Según GARCIA CALIZAYA indica que:

“(…) El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; en ese contexto, resulta exigible una determinada conducta de vida en sociedad para delimitar la reincidencia de

quien haya sido sujeto a esos tratamientos. Es posible requerir una forma de actuar a la persona anteriormente reclusa en un centro carcelario, supuestamente, por haber sido capacitada para el uso responsable de su libertad.

Sin embargo, más forzoso parece esperar los mismos efectos de una persona condenada a pena privativa de libertad con suspensión en su ejecución – o a otro tipo de pena-; si bien, esta medida puede considerarse una modalidad de ejecución de la pena, como medio para corregir al actor. En realidad, el condenado prosigue con sus actividades rutinarias, en que es desapercibida una adecuada vigilancia estatal al cumplimiento de las reglas de conducta impuestas en la sentencia, que no pueden ser equiparables con un tratamiento penitenciario en estricto.

Es decir, el estado no puede esperar desobediencia del agente, por quien no se ha preocupado por la obtención del resultado positivo de régimen de conducta impuesta. Lo que busca, con la suspensión de la ejecución de la pena, es que el propio sujeto despliegue algún esfuerzo por corregirse durante el periodo de prueba, (...) “significando esto una apelación de voluntad.”

Por consiguiente, el cumplimiento en todo o parte de cualquier otra pena prevista

por la ley, que no sea pena privativa de libertad efectiva, no justifica la aplicación de reincidencia, a efectos de endurecimiento de pena del sujeto activo, por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.” (Actualidad Penal Al día con el Derecho, 2015, págs. 124-125)

Sobre lo antes indicado, estamos conforme con lo referido debido a que si bien es cierto la reeducación, rehabilitación y reincorporación son pilares importantes que el penado debe de tomar en cuenta para su reincorporación a la sociedad, por lo que luego del cumplimiento total o parcial de la pena, es viable que el Estado exija obediencia en su forma de actuar con el individuo, pero sin embargo, ello no ocurre con el sujeto condenado a una pena privativa de libertad con suspensión de ejecución de la misma, debido a que la participación del Estado se reduce en cuanto al tratamiento con el penado, debido a que el mismo por su propia voluntad se esfuerza por corregirse durante dicho periodo prueba.

2.6.2 En la jurisprudencia

En el Perú, contamos con bastante jurisprudencia en relación a la reincidencia. Preliminarmente nos parece importante establecer la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2007, correspondiente al Expediente N°014-2006-PI/TC, donde se refiere que:

“La reincidencia configura una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente una sanción de uno anterior. La cual, depende de la opción

de política criminal de cada Estado, donde la reincidencia puede considerarse existente de acuerdo a las siguientes situaciones: a) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o b) cuando se ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley” (Código Penal Parte General, Comentarios y Jurisprudencia. , 2016, pág. 678).

Cuando el Tribunal Constitucional ha indicado que es una opción de política criminal que cada país pueda prescribir en su Código Penal, el instituto jurídico de la reincidencia. Ahora, la reincidencia concebida como una situación jurídica donde el imputado que ha cumplido o viene cumpliendo una pena comete nuevo delito, es decir, el sujeto no ha aprendido de las consecuencias jurídicas del anterior hecho, conllevando a una nueva responsabilidad que tiene como consecuencia agravar la pena de este sujeto.

2.6.3 Aspecto legal: Efectos legales de la reincidencia

Hemos señalado que la reincidencia no estaba comprendida dentro del Código Penal Peruano de 1991, puesto que la exposición de motivos de dicho Código concebía a dicho instituto como contrapuesta al Derecho Penal de acto.

Sin embargo, el legislador peruano, por política criminal ha adoptado mediante la Ley N° 28726 reincorporar en la legislación peruana, el instituto de la reincidencia. Ciertamente, su incorporación ha merecido una serie de controversias por parte de la doctrina quienes indicaban que su incorporación era inconstitucional y que pertenecía al derecho pena del autor. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Peruano en el Expediente N°014-2006-PI/TC, había determinado que su incorporación era constitucional y que no era contraria al ordenamiento jurídico. Por ello, desde su incorporación ha tenido múltiples modificaciones –que serán desarrolladas

posteriormente- donde ha quedado claro que la reincidencia tiene los siguientes efectos:

La calidad de reincidente, de acuerdo a JIMENEZ DE ASÚA, puede presentar los siguientes efectos:

a) Efectos Agravantes

Respecto a los efectos agravantes, nos dice:

“Este es el criterio más extendido, así lo señala Ross quien defiende el Código Napoleónico, a su vez afirma que el legislador ve en el reincidente un caso de culpabilidad especial, a la vez moral y política, puesto que el delincuente al repetir las infracciones se revela como tenaz menospreciador del orden jurídico.

Por otra parte, Francisco Carrará defiende el criterio agravante sosteniendo que no puede imputarse una segunda vez al anterior delito del que el reo ya saldó su pena, no es de apreciar la mayor perversidad del reincidente, pues si se entra en el campo de la moral, siendo el juez penal competente, se extralimitaría en sus confines.

Por lo antes mencionado, este efecto se funda en la agravación de los reincidentes en la insuficiencia relativa de la pena, insuficiencia demostrada por el reo con sus propios actos, esto es, con la rotunda prueba de su desprecio por la primera pena” (La ley y el delito, 1984, págs. 535-536).

Jiménez de Asúa indica que la justificación para que exista la reincidencia, se enfoca en falta de conciencia del penado frente a la pena impuesta, es decir, su renuencia a los efectos de la cárcel.

b) Improcedencia de la Agravante

Nos dice JIMÉNEZ DE ASÚA que:

“Diversos autores sostienen que la ilegitimidad de la agravación por causa de reincidencia, ya que no se encuentra en el concurso de esta circunstancia el aumento del daño material, moral o político del delito. Por ello mencionan que el castigar más gravemente a un hombre a causa de un delito anterior, cuya condena habría sido ya cumplida constituiría una grave injusticia, un quebrantamiento de la máxima *non bis in ídem*, o apreciar la recaída con efectos jurídicos constituiría mezclar la moral y el derecho, ya que es justo que la pena siga a la manifestación de la voluntad criminal, mas no debe recaer sobre la general inmoralidad del individuo (JIMENEZ DE ASÚA, La ley y el delito, 1984, págs. 536-537).

Ciertamente que la negativa de una parte de la doctrina a la incorporación de la reincidencia porque presuntamente vulnera el principio de non bis in ídem; sin embargo, como ya hemos señalado que dicha crítica ha quedado descartada por el máximo órgano de interpretación de la constitución en el Perú –Tribunal Constitucional- pero que su discusión por parte de la doctrina, aún sigue vigente.

c) Efectos Atenuantes

JIMÉNEZ DE ASÚA, citando a BUCELLATTI y KLEINSCHROD, refiere que:

“(…) la repetición del delito implica una fácil tendencia al mal y menor libertad para decidirse; por tanto menor imputabilidad en el agente y concluyen pidiendo que la

pena lejos de agravarse con la recaída del nuevo delito debe aminorarse” (La ley y el delito, 1984, pág. 537).

Asimismo, KLEINSCHROD, según señala JIMÉNEZ DE ASÚA, acusa a la sociedad:

“(…) como el culpable del aumento de la reincidencia, por creer que el ambiente social y familiar de vicio y corrupción, escasez de trabajo, mala distribución de la riqueza y sobre todo la defectuosísima organización penal y penitenciaria, son los responsables de que aquellos delincuentes, víctimas de las circunstancias que les rodean se encuentren en situación propicia para recaer en el delito” (La ley y el delito, 1984, pág. 537).

2.6.4 El Criterio Moderno legal de reincidencia

Al respecto, nos dice JIMENEZ DE ASÚA que:

“El precursor de estas grandes ideas fue Carlos Roeder, quien advierte que el origen y las causas de reincidencia se dan por el pésimo efecto de las penas cortas de privación de libertad, que, al poner en contacto al delincuente primario con los profesionales del crimen, pervierten al delincuente y le hacen reincidente.

Asimismo, sostiene que, a futuro inmediato, la habitualidad desplazará al vetusto concepto de reincidencia, pues ya no interesa tanto la repetición de un delito y vale más en indicio de peligrosidad, la tendencia arraigada al crimen, el cual en primer acto delictivo es capaz de revelarse” (La ley y el delito, 1984, págs. 537-538).

El importante señalar, que Jiménez de Asúa citando a Carlos Roeder trata de señalar uno de los orígenes de la reincidencia delictiva, siendo el contacto que tiene el delincuente primario con personas que tienen alto grado de profesionalidad delincencial. Esto, es un grave problema de los hacinamientos penitenciarios de casi todo el mundo. En el Perú tenemos casi 10000 personas privadas de su libertad, donde se encuentran no solo mezcladas entre reincidentes y delincuentes primarios, sino que se encuentran también personas privadas de su libertad de manera preventiva. Es allí, el foco de contaminación para el origen de la delincuencia.

2.6.5 Clases de Reincidencia

Al respecto, nos dice JIMÉNEZ DE ASÚA que:

“Surge entonces la problemática jurídica sobre la reincidencia, por un lado Carrará, Canónico y Crivellari indican que es necesario que se haya cumplido totalmente la pena impuesta por el primer delito, pues si la realización de un segundo crimen la agrava es porque los medios que el Estado le dio al delincuente para corregirse no produjeron en el efecto alguno, llamándolo reincidencia propia; mientras que por otro lado Manzini y Alimena reconocen tan solo como necesario el requisito de irrevocabilidad de la sentencia, denominándolo reincidencia impropia” (La ley y el delito, 1984, pág. 538).

Así, vemos como este autor diferencia entre la reincidencia propia e impropia, las cuales adoptan también otros nombres. Adicionalmente tenemos las siguientes clasificaciones:

La reincidencia genérica o impropia, “se presenta cuando el nuevo delito es distinto que el anterior; por ejemplo, se tratará de reincidencia genérica cuando una persona es condenada por un delito de hurto y luego comete un homicidio” (Tratado de Derecho Penal, Volumen I Parte General, 1983, pág. 268)

Reincidencia impropia tal y como menciona el autor, la agravante de reiteración, es aquí donde existe la repetición en el delito, pero la diferencia es que varía en su especie; por ejemplo: el sujeto delictuoso como un robo y en otra incurrió en cohecho.

La reincidencia específica es llamada también reincidencia propia. Ésta se presenta “cuando el nuevo delito es de la misma especie que el precedente; por ejemplo, cuando a una persona se le condena por un delito de hurto y después comete otro delito, también de hurto, entonces su reincidencia es específica. Es importante mencionar que en nuestra legislación se funda en este tipo de reincidencia” (Tratado de Derecho Penal, Volumen I Parte General, 1983, pág. 268)

La reincidencia específica, se sabe que la misma es una circunstancia agravante de la reincidencia indicando que está referida a la comisión de un mismo delito, en otras palabras, podríamos decir que el nuevo delito que se ha cometido luego es idéntico al primero, por lo que se observara la repetición del delito o de otro tan similar que figure en el código.

Tenemos también la reincidencia real, que se presenta cuando “el delincuente ha cumplido la condena anterior y comete un delito después” (Tratado de Derecho Penal, Volumen I Parte General, 1983, pág. 268) y la reincidencia ficta, en la cual “la condena del delito anterior no se ha cumplido” (Tratado de Derecho Penal, Volumen I Parte General, 1983, pág. 268)

En cuanto a este punto, se da cuando el sujeto que cometió el hecho delictuoso comete un nuevo delito, pero posterior al haber cumplido la pena de otro anterior, siendo la reincidencia ficta lo opuesto al otro, ya que esta se da cuando el sujeto delictivo comete un delito sin haber cumplido su pena anterior.

2.6.6 Requisitos de la Reincidencia

De acuerdo PEÑA CABRERA son requisitos de la reincidencia según el Código Penal Peruano de 1924, los siguientes:

a) Condena Anterior: la condena debe estar contenida en una sentencia firme. Dicha sentencia podrá ser nacional o extranjera, más se tomará en cuenta para los efectos de la reincidencia si el hecho que la hubiera motivado fuere también reprimible como delito en nuestro país. En ese entender la condena debe contener una pena privativa de libertad, mientras que, en delitos conminados con penas alternativas, solo interesa a la penalidad individualizada en la condena por el juzgador, lo cual significa que si se da la pena de multa, no sabe duda que frente a otro delito sancionado con pena privativa de libertad, el agente no podrá ser considerado como reincidente.

Por tanto, quedan marginados de la reincidencia aquellos delitos que solo tienen penas de multa, expatriación e inhabilitación. Por ello la reincidencia requiere haber sufrido en todo o en parte la condena, incluyendo reincidencia real y ficta; mientras se excluye la condena condicional, dado que el autor no ha sufrido realmente privación de su libertad.

Comisión de un nuevo delito: Ante la comisión de un nuevo delito, después de haber sufrido en todo o en parte una condena de pena privativa de libertad. Por ello debe computarse el tiempo a partir del cumplimiento o la remisión de la pena. Mientras que cuando se trata de una condena interrumpida en su ejecución, el tiempo debe contarse desde que se extingue la pena correspondiente y no desde el día en que cesa la ejecución de la pena (Tratado de Derecho Penal, Volumen I Parte General, 1983, pág. 276).

Históricamente, dos eran los requisitos esenciales para determinar a una persona como reincidencia, siendo la condena anterior firme y la comprobación del nuevo delito. Por ello, es importante reflexionar sobre los presupuestos anteriores en la legislación peruana, para determinar a una persona como reincidencia.

Ahora, es importante señalar que el autor peruano, cuando escribe en 1983 su texto sobre comentarios al Derecho Penal, habla que solo será considerado como reincidente, aquella persona que ha sufrido efectivamente una prisión, excluyendo para ello, a las personas que hayan sufrido penas condicionales. Es así que, resulta un punto interesante para el análisis posterior de la tesis; puesto que, mediante una interpretación histórica, podemos evidenciar que, para ser considerado reincidente, necesariamente debes haber cumplido todo o en parte una pena privativa de la libertad efectiva –egreso al centro penitenciario–.

2.6.7 La reincidencia constituye una calificación adicional.

Actualmente, encontramos que la reincidencia en el Perú se encuentra regulado en el artículo 46-B del Código Penal, donde establece que la reincidencia es una circunstancia de agravante cualificada, al decir, eso tenemos la posición de ROJAS VARGAS que:

“Si se considera los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal; lo cual indica que, ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal, si se produce dicha subsunción la conducta será calificada como el Nomen iuris (primera calificación) del delito.

Asimismo en segundo momento, el juzgador evaluará nuevamente la conducta para establecer si califica como reincidencia, esto lo realizara en función a la existencia de antecedentes del imputado, por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación); acto seguido tras la comisión del delito y observando su carácter reincidente, se produce la atribución de sanciones: a) una sanción por la comisión *per se* del delito y b) la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona” (Código Penal Parte General, Comentarios y Jurisprudencia. , 2016, pág. 770)

2.6.8 Decisiones acerca de la reincidencia

Al respecto, se sostiene que:

“Al tratarse de una circunstancia de agravación personal cuya acreditación es de carácter documental público, es necesario revisar los boletines de condenas, las hojas carcelarias o los certificados de antecedentes penales para su debida definición. Por ello el principio de legalidad, amparado bajo el límite del principio de favorabilidad, son fundamentos suficientes para la viabilidad de este examen impugnativo” (Código Penal Parte General, Comentarios y Jurisprudencia. , 2016, pág. 770).

Es decir, que para tomar la decisión de una persona sea reincidente, es necesario contar con los boletines de condena o algún documento que acredite la comisión del hecho anterior se encuentre firme.

2.6.9 Reincidencia y Reducción de Pena por Confesión Sincera.

De acuerdo a lo señalado en la Ejecutoria Suprema del 29 de mayo de 2008, RN N°4577-2007-LIMA:

“(…) existe una causa que puede atenuar la pena a imponer a la acusada hasta por debajo del mínimo legal, se trata de la confesión sincera, por otro lado cuando la acusada es reincidente en la comisión de este tipo de ilícitos penales, constituyen una circunstancia agravante, y de acuerdo a ello se eleva la pena más allá del mínimo legal, esto en conformidad del artículo 46-B° del Código Penal” (Código

Penal Parte General, Comentarios y Jurisprudencia. , 2016, pág. 771)

Cuando se analizaba la reincidencia inicialmente, era una agravante simple de la pena, por ello, si una persona era reincidente podría situarse su pena dentro de la pena abstracta del delito. Dicha posición ha tenido un significativo cambio, tras la publicación de la ley N^º 30076 el 19 de agosto del 2013, donde es considerada la reincidencia como una agravante cualifica de la pena, teniendo como efecto que la pena pueda situarse hasta por encima del tipo penal base.

2.6.10 Reincidencia y Ne Bis in Ídem

De acuerdo a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero del 2007, Expediente N^º014-2006-PI/TC:

“sí se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio de ne bis in ídem; sin embargo, no será en el caso que se trate de una pena con sanciones múltiples” (Código Penal Parte General, Comentarios y Jurisprudencia. , 2016, pág. 771)

Con base en lo anteriormente señalado, nos dice ROJAS VARGAS que

“lo que comporta la reincidencia, es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior” (Código Penal Parte General, Comentarios y Jurisprudencia. , 2016, pág. 771).

Sin embargo, existen posiciones en contra, como la de ORÉ SOSA, quien señala que:

“La figura de la reincidencia es vulneradora del principio *ne bis in ídem*, puesto que un mismo hecho es valorado tanto para fundamentar una primera condena como para fundamentar la agravante por el subsecuente delito; lo que importa indudablemente una doble valoración que afecta el principio *ne bis in ídem* en sentido material. Además, no se aprecia cómo un delito anterior puede aportar al desvalor del injusto del nuevo delito; esto parecería conformar, más bien, una petición de principio. Y en cuanto a la mayor peligrosidad del agente que se hace residir en una pluralidad delictiva, tampoco queda claro la necesidad preventiva de una sanción agravada que vaya más allá del máximo de la pena abstracta, pues, por el contrario, (...) parecen advertirse más bien problemas de adaptación social o psicológica en los que la agravación de la pena resulta inoperantes” (Determinación judicial de la pena. Reincidencia y Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la ley 30076, 2013).

2.6.11 Reincidencia y principio de culpabilidad

Nos indica ROJAS VARGAS que:

“Expresado en la Sentencia de TC de fecha 19 de enero de 2007, Expediente N°014-2006-PI/TC, corresponde establecer si la reincidencia como factor a considerar para la determinación de la pena vulnera el principio de culpabilidad; por ende la reincidencia se trata de una comprobación desde la

criminología de la forma de vida delictiva del procesado que posibilita, la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerado de modo aislado.

Por ende, en virtud al principio de culpabilidad, el límite para saber que conductas deben ser evaluadas y cuáles no, lo establece el propio tipo penal que subsuma la conducta. Por lo que el principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia para determinar el grado de reprochabilidad de una persona respecto a un delito, por medio de la reincidencia se faculta al juez de evaluar otros elementos anteriormente cometidos, a los que se recurre para considerar el nivel de reprochabilidad de la conducta delictiva del procesado” (Código Penal Parte General, Comentarios y Jurisprudencia. , 2016, pág. 773).

Por otra parte, GARCÍA CAVERO señala que:

“En lo que respecta a su compatibilidad con el principio de culpabilidad, el Tribunal Constitucional considera que la reincidencia no cuestiona un Derecho penal de acto, pues la culpabilidad no puede ser evaluada aisladamente, “sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado”. Por su parte, la Corte Suprema de la Republica sostiene que la reincidencia se sustenta en razones de prevención especial, ajenas por tanto la culpabilidad por el hecho, la cual debe servir de

limite a los fines de prevención especial que sustentan la reincidencia. Sin embargo, esta argumentación no explica cómo se puede justificar el incremento de la pena abstracta del delito sin afectar el principio de la responsabilidad por el hecho. En nuestra opinión, hay serios reparos para congeniar la figura de la reincidencia con un Derecho Penal de acto, pues sustenta la pena agravada (no la pena concreta) en actos distintos al delito cometido (nota al pie omitida).

Los argumentos de prevención especial a los que recurre la Corte Suprema para fundamentar la figura de la reincidencia, podrían influir en la determinación de la pena concreta, pero no en la modificación del marco penal abstracto del delito (Derecho Penal Parte General, 2012, págs. 173-174).

Es decir, los autores ciertamente describen la posición del Tribunal Constitucional Peruano donde claramente ha señalado que la reincidencia no constituye un Derecho Penal de autor sino de acto. Sin embargo, los autores en palabras simples indican la argumentación mostrada por el Tribunal Constitucional, resulta un poco deficiente, porque la actual redacción de la reincidencia si constituiría un Derecho Penal de autor.

2.6.12 Prescripción de la Reincidencia

JIMÉNEZ DE ASÚA señala que “pueden distinguirse tres sistemas relacionados a la prescripción de la reincidencia. El primero de ellos es la temporalidad, el de la perpetuidad

que estaría en contra de la prescripción y finalmente el mixto. Asimismo, hace mención a que diversos autores sostienen que después de transcurrido determinado tiempo no debe considerarse la circunstancia de la reincidencia, en consecuencia, debería prescribir, tal como sucede con los delitos” (La ley y el delito, 1984, pág. 540).

2.6.13 Derecho Penal del enemigo y la Reincidencia

Sobre la aproximación al concepto CHAVEZ HERNANDEZ señala que:

“Bajo la denominación derecho penal del enemigo se hace referencia al derecho penal que trata a los infractores como enemigos, es decir, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea. Este derecho penal se opone al derecho penal del ciudadano, en donde la imposición de una pena se hace necesariamente en el marco de un procedimiento rodeado de garantías, precisamente porque no se reacciona frente a ciudadanos.

El derecho penal del enemigo ha sido definido como parte del sistema penal y distinto al derecho penal del ciudadano, donde lo que se busca no es la prevención general de delitos a través de la pena, sino el aseguramiento de sujetos o estados peligrosos para el mantenimiento de la sociedad como sistema, el mismo que busca estabilizarse frente a comportamiento

nocivos a través del derecho penal. Es en ese sentido que, Jacobs señala que el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el derecho de las medidas de seguridad) combate peligros.” (Actualidad Penal Al día con el Derecho, 2015)

Sobre esta cuestión, según la autora trata de analizar dicha concepción del derecho penal del enemigo, es por ello que se centraliza en la vinculación que existe entre la reincidencia y el derecho penal del enemigo indicando que la primera vendría a ser una expresión fenomenológica del derecho penal del enemigo, debido a que la reincidencia expresa la presencia de un sujeto peligro, el cual no brinda respeto a las normas orientadoras de la conducta y que por tal hecho esto traería consigo un incremento en la pena, resaltando que dicho incremento vendría a ser una reacción del Estado frente a los sujetos especialmente peligrosos (reincidentes); por lo que, frente a dicha reacción selectiva se revela el tratamiento que se le ofrece a la reincidencia trastocando la orientación político criminal que nos ofrece el derecho penal.

Asimismo, se demuestra que la reincidencia al ser una expresión del derecho penal del enemigo y que como consecuencia trae consigo la vulneración al principio de la dignidad de la sujeto, por lo que de esta forma se podrá entender a la reincidencia como una expresión fenomenológica del derecho penal del enemigo, con la finalidad de poder encontrar cierta conexión entre la reincidencia y el derecho penal del enemigo, por lo que es

preciso señalar ciertas características, conforme indica CHAVEZ HERMANDEZ, los siguientes:

- “Adelantamiento de la Punibilidad. Se atiende primordialmente al juicio de peligrosidad en el futuro
- Ausencia de una reducción proporcional de la penalidad. A pesar de que se adelanta la barrera de protección momento anterior a la consumación la pena se mantiene inalterada
- Cambio de los fines del ordenamiento penal. De manera que se produce un tránsito de la legislación penal protectora o de tutela a la de lucha o combate de la delincuencia. **Este cambio enfoque indica una mayor peligrosidad de los agentes del delito en esas figuras**, así como un mayor potencia o riesgo para la sociedad en esos ámbitos.”
(Actualidad Penal Al día con el Derecho, 2015, págs. 96-97)

En ese sentido, sobre esta cuestión es importante mencionar que realmente la reincidencia vendría a ser una expresión más del derecho penal del enemigo, a razón en que este se basa en el grado de peligrosidad del sujeto y de esta manera llegando a diferenciarlo del tratamiento penal que recae en aquellos individuos que reincidencia en cuanto a la comisión de delitos en los que estos participan.

2.6.14 Acuerdo plenario Nro. 01-2008/CJ-116

El Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116, de fecha 18 de julio del 2008 estableció criterios vinculantes a fin de

brindar tratamiento adecuado a las figuras de la reincidencia y la habitualidad, habiendo aprobado entre otros, conforme apuntan HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA, los siguientes:

“Procesalmente debe considerarse dos requisitos. El primero, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la visa un boletín de condenas y en su caso la hoja carcelaria respectiva – que establece la fecha exacta de la excarcelación; en defecto de uno o ambos documentos, ha de contar con copia certificada de la sentencia, si correspondiere de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El segundo, dado que la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio ha de ser solicitada por el fiscal en la acusación. Por tanto, esta no puede establecerse de oficio sin el debate procesal correspondiente, pues ello importaría, además un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 336)

Continúan HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA, indicando que:

“Sobre la operatividad de la agravante cualificada del art. 46- C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos siendo la habitualidad una circunstancia agravante

cualificada. Se deberá aplicar sus efectos punitivos solo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumara la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados en los artículos 50 y 51 (la pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave ni mayor de 35 años de privación de libertad); y así para uno de los delitos en concurso correspondiente cadena perpetua, solo se aplicara esta sanción excluyéndose las demás” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 336).

Seguidamente, los referidos autores hacen mención a:

“Sobre los elementos de las agravantes cualificadas previstas en los artículos 46-B y 46 – C. se debe asumir que la reincidencia solo opera hasta cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de la pena privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el históricamente se fijaba en el art. 111 del CP de 1924. Además, resulta similar al considerado por el art. 46 – C para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual naturaleza que el que determino la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 336).

Sobre la determinación de la pena concreta en caso de concurrencia de las circunstancias cualificadas del art. 46 – A y las previstas en los arts. 46 – B o 46 –C:

“(…) si concurrieran las agravantes cualificadas del art. 46 – A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las agravantes de reincidencia o habitualidad, se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder los límites contemplados por el art. 46 – A (de treinta y cinco años de privación de libertad)” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 337).

Igualmente, respecto a los límites de la penalidad derivadas de las agravantes previstas en los artículos 46-B y 46-C. en coherencia con los límites punitivos fijados en los art. 29, 46-A, 50 y 51:

“(…) en ningún caso la pena concreta que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad será mayor de 35 años de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista cadena perpetua, solo se aplicara dicha pena” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 337).

En cuanto a la eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia según los arts. 46-B y 69 in fine:

“La reforma del art 69, sobre la cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata tuvo lugar mediante la ley 28730 del 15 de mayo de 2006 Esto es cuatro días después de emitida esta, por la cual se introdujo al art.46-B al código (la agravante de reincidencia). Por consiguiente, la primer de las normas citadas modifico implícitamente de la segunda. Siendo así el párrafo in fine del nuevo texto art.69, donde se dispone la reincidencia “la reincidencia deja sin efecto la cancelaciones de los antecedentes penales ,judiciales y policiales ,hasta el cumplimiento de la nueva pena “,derogo el párrafo final del art.48-B que establecida “ A los efectos de esta circunstancia no se computaran los antecedentes penales cancelados “De esta manera pues a partir de la vigencia citada ley N° 28730 la reincidencia es una excepción de la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Dicha excepción solo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del art.69. En todo caso, cuando se haya vencido el plazo de prescripción de la reincidencia –acordado en 5 años posteriores a la excarcelación de los

antecedentes generados por dicha condena” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 337).

Señalan HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA que:

“Como puede deducirse de estos criterios, los problemas de aplicación de las agravantes cualificadas por reincidencia y habitualidad han sido suficientemente esclarecidas. Por interpretación se han explicado y completado las disposiciones legales. Por ejemplo, se incorporó un plazo de prescripción para la reincidencia de 5 años y se logró compatibilizar la cancelación de los antecedentes penales dispuesta en el art.69 con dicho plazo. Ambos aportes luego formalizados por la citada ley N°29407, al modificar los arts.46-B y 69.

Ahora bien, el marco punitivo que actualmente rige para las agravantes de reincidencia y habitualidad deviene en complejo e incoherente. En efecto, luego de las reformas introducidas por la citada ley N° 29604 se han configurado los siguientes estándares de agravación.

En caso de reincidencia se incrementará la pena conminada hasta en una mitad por encima del máximo legal previsto para el nuevo delito cometido. De modo innecesario se precisa que si el reincidente hubiera sido beneficiario con indulto o conmutación de pena también se elevara la penalidad en igual proporción. Sin embargo, cuando se

trate de los delitos graves señalados en el pf. 2 del art. 46 – B, la pena se aumentará en no menos de dos tercios por encima del máximo legal correspondiente. En estos casos no serán procedentes los beneficios de semilibertad y liberación condicional.

En la habitualidad, se deberá elevar la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal previsto para el delito que configura el agravante (tercer delito) y que debe ser cometido en un lapso no mayor de cinco años. No obstante, cuando se trate de los delitos señalados en la segunda parte del pf. 1, art. 46 – C, la penalidad se aumenta hasta una mitad por encima del máximo legal. Además, para la habitualidad en esta clase de delitos no rige el plazo de cinco años ni le serán aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 338).

Por otro lado, el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ -116, de fecha 16 de noviembre del 2010, estableció criterios referentes a la reincidencia en faltas. Al respecto tenemos que “es en el Art. 46 – B, donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: igual condición tiene quien condenado por la comisión de faltas dolosas” (Manual de

Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 338).

El acuerdo plenario citado desarrolló los siguientes criterios de interpretación:

“La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o participe de esta clase de infracción penal, incurra en la comisión de una nueva falta, luego de que la condena adquiere firmeza. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta.

- La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido, el máximo de pena establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo, que será equivalente a la mitad por encima del máximo original.

- Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esta manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena, estipulados en la segunda parte del art. 440 inc. 5” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 339).

2.7 Reincidencia en el Perú

En el Código Penal de 1991, el instituto jurídico de la reincidencia fue eliminado. Así, tenemos que en la exposición de motivos del referido código se señaló que:

“(…) Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (Derecho Penal de autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes por lo demás debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio non bis in idem (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito) ... La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad no han servido para atemorizar de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado, este rezago de los viejos tiempos del Derecho a Castigar y que el positivismo progresista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social (...)” (Universidad San Martín de Porras, 2017, pág. 4).

De esta manera, podemos resaltar el cambio que representó pasar del Código Penal de 1863, que consideraba razonable aplicar una pena mayor a una persona reincidente, al de 1991 en el que se consideró un exceso, en tanto las penas de los delitos anteriores ya se habrían cumplido.

Sin embargo, en mayo de 2006, se promulgó la ley N° 28726, mediante la que se reintrodujo en el Código Penal vigente la figura de la reincidencia

como una agravante de tipo genérico. Así, se agregó al Código Penal el Artículo 46-B, el cual, actualmente tiene el siguiente texto:

“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”.

Es precisamente dicho artículo el que ha generado posiciones diversas, lo cual ha motivado modificatorias a través de los años, siendo éstas las siguientes:

- Mediante la ley N° 28726, el 09MAY2006 se incorpora al Código Penal las instituciones jurídicas de la reincidencia y la habitualidad.
- Mediante ley N° 29407 del 18SET2009 se establece el periodo de tiempo para establecer la reincidencia,

así como incorpora las faltas, incorpora también el indulto.

- Mediante la ley Nro. 29507 del 25AGO2010, se modifica la aplicación de la pena, se establecen para los delitos tipificados en los artículos 108, 121, 121-A, 121-B, 129, 152, 153, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, del 325 al 332 y 346 la inaplicabilidad de los beneficios penitenciarios de semi libertad y liberación condicional.
- Mediante la ley Nro. ley N° 29604 del 22OCT2010, se establece la inaplicación de los beneficios penitenciarios para los delitos tipificados en los artículos 153-A, 326, 327, 328, 329, 330, 331, y se retiran los artículos 121 y 129, del Código Penal.
- Mediante la ley Nro. 30068 del 18JUL2013, se incorpora el artículo 108 - A.
- Mediante la ley Nro. Ley N° 30076 del 19AGO2013, se especifica el texto de “condena privativa de libertad” a únicamente “pena”.
- Mediante Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 11 de julio del 2015, se incorpora el delito de Sicariato.

2.7.1 Desarrollo en la legislación peruana

2.7.1.1 Antecedentes históricos de la reincidencia en el Perú.

2.4.3.1 En el proyecto de Vidaurre

Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada elaboró un Proyecto de Código Penal, por encargo de Simón Bolívar, quien ordenó la formación de una Comisión para la elaboración de los proyectos de códigos civil y criminal, siendo este proyecto el “primer proyecto de código punitivo

elaborado por un sudamericano” (legis.pe, 2017, pág. 2), publicado en Boston en 1828.

El proyecto de Vidaurre se caracteriza por la “supresión de los delitos de hechicería, magia y apostasía; administración de justicia en público; proscripción del uso de pruebas privilegiadas; respeto por los principios de legalidad y de intrascendencia de la pena; igualdad ante la ley; supresión del derecho de asilo y, sobre todo, fin prioritariamente utilitario del Derecho Penal” (Influencia de los Código Españoles en la Legislación decimonónica, 2002, pág. 53). En él, podemos encontrar figuras de carácter sustantivo y procesal, encontrándose entre estas, la reincidencia, considerada por ejemplo en la Ley 3, Título 3, Delitos de los subalternos, de la siguiente manera:

“Ley 3. El Alguacil o portero que causó algún mal por ignorancia, sean reprendidos por el juez. En caso de reincidencia sean separados por un año (...)” (Proyecto de un Código Penal, 1828, pág. 217).

Así, también encontramos una alusión a la reincidencia en la Ley 6, Título 3, Hurtos, de la siguiente forma:

“Ley 6: Ratero en calles, plazas, ó teatros, cincuenta azotes y seis años aseo de calles; en la reincidencia diez años, y cien azotes” (Proyecto de un Código Penal, 1828, pág. 226).

De esta manera, las penas se agravaban si se verificaba que los autores eran considerados reincidentes.

2.7.1.2 En el Código de Santa Cruz

En 1836, el Mariscal Jossef Andrés de Santa Cruz Calauaná promulgó, en su calidad de Protector y de Gran

Mariscal Invicto, para el Estado Sur Peruano, el Código penal boliviano de 1834. Este Código estuvo vigente de 1837 a 1839 y en su contenido se contempla a la reincidencia, considerando que:

“se produce cuando el agente comete otro delito de la misma especie por el que fue condenado, si tal acaece dentro de los dos años posteriores a la fecha en que fue notificado con la sentencia ejecutoriada”.

Se observa que admite la reincidencia específica, mas no la genérica.

2.7.1.3 En el Código Penal de 1863

En 1853 se creó una comisión que tenía por objetivos la elaboración de un Código Penal y un Código Civil, pasando el primero hasta por tres comisiones hasta su promulgación en 1863. En este código, la figura de la reincidencia se hallaba contemplada de manera específica, de la siguiente manera:

“Art. 10. Son circunstancias agravantes:

(...)

14. Ser el culpable reincidente en delito de la misma naturaleza, o consuetudinario, aunque sea en otros de diversa especie”.

Al respecto, en mayo de 1896, señalaba Vitervo Arias, citado por Oré Sosa, lo siguiente:

“No creemos necesario justificar el carácter de gravedad que la reincidencia impone al delito; ya sea la repetición de otro semejante, ya difiera del anteriormente cometido. La reincidencia prueba del modo más claro que ni el castigo ni el remordimiento han bastado para garantizar el orden social contra los atentados del

reincidente; y es justo y racional apelar a castigo más severo para cegar esa fuente de males que incontenible se derrama” (ORE SOSA, 2006, pág. 10).

La parte especial del Código Penal de 1863 contemplaba en su Sección Segunda, Libro II, a los delitos contra la seguridad exterior del Estado, cuyo artículo 112 establecía:

“En caso de reincidencia, durante la condena, los reos comprendidos en el artículo 108 serán penados con penitenciaría y los comprendidos en el artículo 110 con cárcel, por igual tiempo al de la primitiva condena” (RUA.UA, 2017, pág. 1093).

De esta manera podemos observar que la pena se agravaba en los casos de delito de Traición, conforme lo señalaba el artículo señalado anteriormente, considerando a la reincidencia como una condición que permitía incrementar la pena o agravarla.

2.7.1.4 En el Código Penal de 1924.

El Código Penal de 1924 fue elaborado por Víctor Manuel Maurtua Uribe, y fue aprobado por la Ley N° 4868. En este cuerpo legal, se contemplaba la figura de la reincidencia en su artículo 111°, donde se señalaba:

“(…) que era reincidente quien después de haber sufrido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad, incurría, antes de pasar 5 años, en otro delito reprimido también con pena privativa de la libertad. Para los

reincidentes se les aplicaba una pena no menor que la máxima correspondiente al delito” (Justicia Viva, 2017, pág. 43).

Así el Código Penal de 1924 consideraba que, si una persona ya condenada con pena privativa de libertad incurría en nuevo delito que implicaba la aplicación del mismo tipo de pena, era necesario aplicarle una pena más gravosa.

2.8 Reincidencia en España

2.8.1 Legislación Española

La figura de la reincidencia está establecida en el Art. 22.8 del Código Penal, de la siguiente forma:

“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, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.”

Los requisitos para la aplicación de la reincidencia, según la jurisprudencia española (STS 8-4-2004, RJ 2005/2291), son los siguientes:

“a) Que en el momento de cometer el delito por el que es juzgado, el delincuente hubiera sido ejecutoriadamente condenado.

b) Que lo hubiera sido por delito comprendido en el mismo título que aquel por el que se le juzga.

c) Que ambos delitos tengan además la misma naturaleza.

d) Que los antecedentes penales no hayan sido cancelados, ni deban serlo, en las condiciones expresadas en el art. 136 del Código Penal.

e) Que los datos necesarios para comprobar estos requisitos consten en la sentencia en la que se aprecia la reincidencia” (De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, 2010, pág. 219).

De dichos requisitos, debemos resaltar que el nuevo delito debe ser de la misma naturaleza que el primero, lo cual no ocurre por ejemplo en nuestra legislación, como veremos más adelante.

La reincidencia en España exige únicamente que el delincuente haya sido ejecutoriadamente condenado por una sentencia firme, entendiéndose la ejecutoria como: “El documento público y solemne en el que se consigna una sentencia firme”, y como sentencia firme aquella contra la que “no quepa recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación”. La referida condena debe ser emitida con anterioridad al momento en que se comete el nuevo delito (De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, 2010, pág. 220). Eso implica que una condena posterior a la fecha de comisión de nuevo delito, no podrá ser tomada en cuenta para fines de determinar la condición de reincidente.

La condena debe haber sido emitida por un tribunal español, tomándose en cuenta las condenas anteriores solo cuando así lo disponga su Código Penal.

2.8.1.1 Concepto

Dicho Legislador de 1995 tipifica, en el artículo 22.8 CP, en la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, la reincidencia, como una circunstancia agravante que tiene carácter subjetivo, donde MANZANARES en cuando a la reincidencia señala que:

“Desde un punto de vista etimológico, en el lenguaje coloquial, el término reincidencia, procede del verbo latino «recidere», o recaer, y se ha venido interpretando como equivalente a recaída o reiteración en el delito, la repetición de un nuevo delito siguiente a una primera infracción.” (Codigo Penal (Doctrina y Jurisprudencia), 1987, pág. 191)

Asimismo, MONGE FERNANDEZ indica que:

“No obstante, el concepto jurídico de reincidencia, más restrictivo, no coincide con el anterior significado gramatical expuesto, al exigirse por parte del legislador la concurrencia de dos requisitos formales, como son, la existencia de una condena anterior previa, y que los delitos cometidos se encuentren recogidos en el mismo Título y sean de la misma naturaleza.” (Aproximaciones Dogmaticas a la Circunstancia agravante de

reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 101)

Siendo lo mencionado por la autora hace síntesis del artículo 22.8 CP, indicando que existe reincidencia al delinquir y que el sujeto culpable haya sido condenado ejecutoriamente teniendo en cuenta que esta debe de ser siempre de la misma naturaleza, es así que la renombrada autora indica que el derecho penal decimonónico indica que:

“En el Derecho penal decimonónico se vislumbró una preocupación latente en los autores por el estudio de la recaída en el delito, dado el aumento de los índices de criminalidad reincidente y el consiguiente fracaso del sistema penal, que se mostraba a todas luces ineficaz. Y, precisamente, el aludido fracaso de la respuesta penal ante el fenómeno de la reincidencia motivó una revisión urgente y total de los esquemas del sistema penal clásico, ineficaz para combatir el fenómeno de la reincidencia, desde nuevas perspectivas político-criminales.” (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 102)

Compartimos las reflexiones de Monge, al indicar que dado el aumento de los índices de criminalidad reincidente, esto motivo una revisión inaplazable y urgente para que se pueda combatir con el fenómeno de la reincidencia tal y como nosotros buscamos en nuestra legislación peruana, indicando asimismo que la autora desde este enfoque, se produjo un replanteamiento así como una revisión al observar el significado de la reincidencia, profundizando así que a fines del siglo XIX, cuando se observa a dos

perspectivas; la primera desde el ámbito penitenciario y la crítica que tuvo la agravación de la pena, es en este punto donde se denunció la agravación de la pena misma que nos dirigía a la reincidencia, debido a la ineficacia que se observaba debido al aumento de dicho fenómeno de la recaída en el delito, y no solo eso, sino también la negativa influencia que traía la criminógena de los centros penitenciarios en el sujeto reincidente, por lo que conforme a todo ellos, las primeras misiones que encargaron a diferenciar la reincidencia de otras asociaciones similares, como vendría a ser la habitualidad, la profesionalidad y la multirreincidencia sienten estas conductas que tienen penas excepcionales; y el segundo desde la metodología empírico-realista de Escuela Positiva, quien pretende la sustitución de lo que vendría a ser el principio de la culpabilidad por el hecho, siendo este por el criterio del estado peligroso, lo que alteraba de forma extensa las bases de un sistema retribucionista clásico, pero primordialmente la problemática de la agravación de la pena, poniéndole más énfasis a culpabilidad del reo, sustituyendo el concepto de reincidencia, por lo que se pretendía privar a la reincidencia de dicho efectos que contraía la pena y atendiendo así a el elemento de habitualidad, trasladándola al Derecho Penal preventivo.

2.8.1.2 Requisitos

Véase el STC 30 de mayo de 2002, quien indica que:

“Desde un punto de vista jurídico-dogmático, la reincidencia se configura como una circunstancia agravante, modificativa de la responsabilidad criminal, cuando al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en

un mismo Título del Código penal, siempre que sea de la misma naturaleza.” (Reconocimiento de Derecho, 2002)

Asimismo, ASUA BATARRITA indica que:

“Tradicionalmente, la doctrina penal había distinguido cuatro clases de reincidencia, siguiendo la regulación legal de los Códigos históricos” (La Reincidencia: Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX, 1982, pág. 17).

Conforme con ello, se distinguía, en primer lugar, una reincidencia genérica, en el supuesto en que el nuevo delito cometido por el autor es de distinta naturaleza a aquel o aquellos por los que resultó previamente condenado. Por ejemplo, el delincuente fue condenado por un delito de falsedad documental y con posterioridad perpetra un delito contra la seguridad del tráfico o contra la vida humana independiente (homicidio imprudente) En segundo lugar, cabe referirse a una reincidencia específica, que concurre cuando el nuevo delito y el anterior por el que se fue condenado participan de la misma naturaleza. Por ejemplo, el primer delito cometido fue un homicidio doloso y el segundo otro homicidio o un asesinato. Esta distinción, vigente en el artículo 10.15 del ACP desaparece del Código penal de 1995, subsistiendo únicamente la reincidencia específica (Derecho Penal Parte General, 2004, pág. 627), por lo que la reincidencia genérica ha dejado de configurarse como circunstancia agravante. La circunstancia 8° del artículo 22 CP.

“El legislador de 1995 introduce un doble criterio formal-material, que en ocasiones conlleva dificultades en la

práctica. En primer término, el legislador exige para apreciar la agravante de reincidencia que los delitos previo y posterior estén comprendidos en un mismo Título del Código Penal (criterio formal) Además, en segundo lugar, se requiere que los delitos sean de la misma naturaleza (criterio material) Con ello, las infracciones cometidas por el sujeto deben revestir la naturaleza de delito, ex artículo 10.13 CP, excluyéndose la agravante si el autor perpetra un delito y una falta o dos faltas. Esta segunda exigencia material va a suscitar diversos problemas interpretativos, preguntándose la doctrina si la identidad de naturaleza equivale a identidad de bien jurídico. Una exigencia tan imprecisa va a suscitar notables problemas interpretativos en la práctica, dado que a priori deberá estudiarse la naturaleza del delito, para conocer la afinidad o diferencia y, además, porque en ocasiones el legislador tipifica bajo un mismo Título distintos tipos penales que no presentan entre sí conexión alguna” (La reincidencia en el Código Penal de 1995, 1997, pág. 180)

“No obstante, algún sector minoritario, representado de modo destacado por Cerezo Mir, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha interpretado la identidad de naturaleza no sólo referida a identidad de bien jurídico, sino también al desvalor de la acción. Valga de cita, el caso en que un sujeto cometa un delito doloso y otro imprudente” (STC de 25 de junio de 1970, 2021), donde no cabrá apreciar reincidencia, en tanto si la habrá entre dos delitos dolosos o dos que sean imprudentes.

2.8.1.3 Fundamentos de su Agravación

En cuanto a los fundamentos de su agravación ALOSO ÁLAMO indica que:

“La moderna Ciencia del Derecho penal ha venido cuestionando la legitimidad y

fundamento de la agravante de reincidencia en el Código penal español, sobre todo a raíz de la introducción en el texto derogado de la figura de la «multirreincidencia» (Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia, 2003, pág. 71)

No obstante, el legislador penal de 1995, haciendo caso omiso a las reivindicaciones doctrinales tipifica la reincidencia entre el elenco de circunstancias agravantes modificativas de la responsabilidad criminal.

“Antes de abordar el análisis de las diversas tesis doctrinales que tratan de buscar un fundamento dogmático a la regulación de la reincidencia, tratando de legitimar la agravación del castigo en la mayor gravedad del injusto (la reiteración de infracciones) o la mayor culpabilidad del sujeto (la personalidad del sujeto), me pronunciaré sobre el sentido y fines de la misma. En este momento anticiparé mis conclusiones provisionales, que no dejan de ser desalentadoras, en el sentido de afirmar que, desde una perspectiva dogmática conforme con los principios informadores del Derecho penal en un Estado de Derecho, se constata la ausencia de argumentos convincentes para hallar un fundamento sólido a la agravante de reincidencia” (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, págs. 112-113)

“De los primeros testimonios escritos conocido, que si veo bien se remontan a Protágoras” (Recht und Moral bei den

griechischen Sophisten, 1998, pág. 71 ss.), “dicha cuestión de la legitimidad de la pena siempre ha estado en torno a la búsqueda de alguna respuesta frente a dos cuestiones que son; en primera instancia, la justificación de la pena, lo que indica el hecho de que se castigue, y en segunda instancia, en caso de hallar alguna respuesta a dicha pregunta, cuestionase cuando resultaría necesaria la pena, lo cual es, porque y para qué pena. Por lo que se limitará a decir que su concepción de la pena se inscribe en líneas generales en teoría unitaria, pero en la versión denominada dialéctica que se debe a Roxin” («Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, 1971, pág. 27 ss) y a continuación en su doctrina por Muñoz Conde de acuerdo con esta concepción, “la pena es un fenómeno pluridimensional que cumple distintas funciones en cada uno de los momentos en que aparece” (Introducción al Derecho Penal, 1976, pág. 50).

Sentadas dichas premisas para la pena en general, “cabe preguntarse en primer lugar, la justificación de la agravación de la pena en la reincidencia, esto es, el hecho de que se castigue más gravemente. En segundo lugar, caso de hallar algún fundamento, cuestionarse en qué casos resulta necesaria tal agravación, esto es, por qué y para qué penar más gravemente en los casos de recaída en el delito. Desde los primeros textos punitivos que tipificaron la agravante de reincidencia, la doctrina penal ha tratado de buscar un fundamento jurídico, capaz de legitimar la mayor exasperación punitiva que la misma comportaba en los autores reincidentes. A este respecto, ha sido muy prolija la doctrina penal que se ha pronunciado al respecto, de modo muy exhaustivo, de ahí que no considere conveniente reproducir los argumentos esgrimidos por cada una de ellas, cuyo estudio ha sido realizado magistralmente y a cuya lectura remito, sino antes bien, referirme sólo a los principios

rectores y conclusiones fundamentales logrados por las diversas tesis, como punto de partida en mi investigación, tratando de desvirtuar cada uno de tales presupuestos, con el propósito utópico de una búsqueda hacia la justificación de la reincidencia desde principios político-criminales conectados con el sentido y fines de la pena. No debe perderse de vista que, en cada momento histórico, el fundamento de la reincidencia dependerá de las coordenadas político-criminales en que cada Código penal se inserte.” (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, págs. 114-115)

A) Teoría de la Insuficiencia Relativa de la pena ordinaria (La tesis de Carrara)

Respecto a CARRARA indica que:

“En el contexto de la Escuela Clásica, defensora a ultranza del principio de retribución como máxima de justicia absoluta, destaca la figura de Carrara quien, partiendo de un método lógico abstracto, iusnaturalista, trató de fundamentar la agravación de la reincidencia desde su «teoría de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria». Conforme con la misma, no es posible sostener una fundamentación «absoluta» de la pena en sentido kantiano, sino que la ratio del «ius puniendi» se legitimaba en el pensamiento de la realización de la justicia. Asimismo, el recurso al Derecho penal se justificaba en virtud de la principal finalidad que el mismo estaba llamado a cumplir, a saber, la defensa del hombre y de la humanidad. De este modo, afirma, deberían imponerse límites a las penas,

por más que se fundamenten en la justicia y ésta dicte la medida de las penas. En síntesis y atendiendo a criterios de prevención general especial, esgrime dos argumentos para negar la agravación de la reincidencia; a saber; en primer lugar, no puede agravar la «cantidad» del actual delito, puesto que tal circunstancia debería derivar de la perpetración del primer delito, ya saldado. En segundo lugar, tampoco cabe fundamentar la reincidencia en la «mayor perversidad del reincidente», dado que el «Derecho penal, juez competente de la maldad del acto, no puede mirar la maldad del hombre, sin trascender a sus propios límites» (Programma del Corso di Diritto Criminale-Parte General, 1877, pág. 245)

B) La Repetición de las Infracciones (La Tesis de Manzini)

Desde una perspectiva objetiva, las primeras tesis que se pronunciaron sobre el fundamento de la reincidencia “legitimaron la exasperación de la pena que la misma conlleva en el simple hecho objetivo de la reiteración de infracciones, lo que justificaba la adopción de una consecuencia jurídica más grave para el autor primario, al estimarse una mayor aptitud revelada por el reincidente para infringir las normas penales” (La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella, 1980, pág. 69)

Entre los argumentos esgrimidos por Manzini para fundamentar que sea la reiteración de delitos la causa de agravación de la pena en el caso de la reincidencia, su construcción gira sobre dos presupuestos; la «mayor alarma social causada» y la «ofensa al interés general de

la conservación del orden jurídico» (Trattato di diritto penale italiano, 1961, pág. 695)

Con mayor rigor científico, Manzini concibe el delito como una doble lesión, tanto del precepto penal particular, como del interés general del mantenimiento del orden jurídico. “Por tanto, el injusto objetivo del delito de reincidencia se equipará a «imputabilidad», constituyendo así la parte subjetiva del hecho punible (culpabilidad en sentido psicológico) Partiendo de la doble lesión (o puesta en peligro) que comporta el delito, bajo su criterio la reincidencia comporta la voluntad del reincidente de transgredir el específico precepto penal, además de la «voluntad repetida de no uniformarse al orden jurídico general penalmente sancionado». En síntesis, Manzini fundamenta la reincidencia «como circunstancia agravante de la imputabilidad o culpabilidad psicológica del reo.» (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 116)

Por ende, las principales críticas que se refutaron en cuando a lo que indica Manzini debido que pusieron en manifiesto la imposibilidad de establecer la agravación de la pena de la reincidencia en lo que vendría a ser la sola repetición material de las infracciones, al intentar buscar tales fundamentos que estuvieran desligados del plano objetivo de la antijuricidad, corriendo traslado el eje de gravedad de la cuestión a un plano subjetivo del autor.

C) La Mayor culpabilidad del sujeto

- **La mayor peligrosidad del sujeto**

“Los representantes de la «Scuola Positiva» italiana trataron de legitimar la exasperación que

comportaba la pena de la reincidencia sobre el presupuesto de la «mayor peligrosidad» del reincidente. La reacción de la sociedad frente al mismo se muestra más severa, porque la reiterada actividad criminal de aquél comporta un temor y una peligrosidad mayores que las del delincuente primario. Tal peligrosidad comporta un juicio de pronóstico de futuro, lo que conllevará que la reacción del Estado frente al mismo sea de carácter «preventivo» y no represivo” (La reincidencia en el Código Penal, 1974, pág. 447)

Compartimos dichas reflexiones, conforme de acuerdo a sus propias premisas del autor, puesto que hace referencia a que el presupuesto de la pena vendría a ser la peligrosidad, y no la culpabilidad, debido a que la mayor peligrosidad del reincidente debería tener una pena más drástica o severa en cuanto al segundo delito cometido por este agente; “por tanto en las coordenadas de la Escuela Positiva el sistema no se constituye por pena, sino por medidas de seguridad” (Derecho Penal: Parte General, 1999, pág. 899)

Siendo así que, críticamente, cabe resaltar tres objeciones a la citada tesis, “teniendo como primer punto, al inferir que se trataba de superar dichos obstáculos suscitados por la tesis de la culpabilidad por la conducta de vida, por lo que no estuvo exenta de críticas al implicar consecuencias incompatibles con los principios informadores del Derecho Penal de la culpabilidad, contraviniendo las bases del Ordenamiento jurídico español; por otra en segundo lugar, se tiene que la tesis de la peligrosidad criminal del reo también resultaría contraria al Derecho Penal de la culpabilidad, al

implicar un presunción iuris et de iure en el sentido de afirmar que el sujeto reincidente es siempre peligroso, sin lugar a condicionar tal peligrosidad a la constatación de la habitualidad criminal, tal como configuraba la Ley de Peligrosidad Social; y por último en tercer lugar, lo que resulta aún más llamativo e insostenible dogmáticamente, partiendo de la presunta peligrosidad del delincuente, sancionando su conducta con una pena, pues el presupuesto de toda pena es la culpabilidad del autor y no la peligrosidad. Si se afirma que el fundamento de la agravación de la reincidencia es la peligrosidad del autor, el instrumento adecuado para castigar tal conducta no es la pena, si no la medida de seguridad” (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, págs. 117-118)

- **La mayor posibilidad de delinquir en el futuro (la tesis de Antolisei)**

Al respecto Mir Puig señala que:

“Denunciados los defectos de la tesis de la «mayor peligrosidad del delincuente» al implicar una presunción o juicio de pronóstico, incompatible con la reincidencia, desde el prisma de los postulados positivistas, representados por Antolisei, y tomando como punto de partida la reiteración de infracciones como fundamento de la reincidencia, afinando un poco más este criterio, se consideraba que tal reiteración material

en la comisión de infracciones denotaba una inclinación futura del delito” (La reincidencia en el Código Penal, 1974, pág. 451)

Como acertadamente señala Mir Puig, dicho lo anterior se tendería como niveles elevados de la reincidencia, mismo que pertenecerían a la categoría de la peligrosidad propiamente dicha, la habitualidad, profesionalidad y por ende la delincuencia por tendencia, es así que de este modo, algunas aceptaciones de dichos argumentos conllevaría a lo que vendría a ser las consecuencias insostenibles, viendo la confusión de la reincidencia como en otras instituciones que van conducidas a la recaída del delitos, tal como la habitualidad, profesionalidad y delincuencias por tendencia, poseyendo fundamentos diferentes entre sí.

○ **La personalidad del reo**

“Tras el fracaso de las tesis mencionadas, gozaron de mayor predicamento las teorías que trataron de determinar la naturaleza y fundamento de la reincidencia desde la perspectiva del autor, atendiendo al distinto grado de reproche que debe formularse sobre el sujeto que ya ha padecido el sufrimiento de una condena anterior” (La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella, 1980, pág. 70)

Sobre esta cuestión, se indica en la doctrina italiana ex artículo 133 Codice Penale, donde observa la desesperación de lo que vendría a ser el castigo de la reincidencia, observándola desde una doble perspectiva; la que vendría a ser tanto por la personalidad del reincidente, como también por su

capacidad para poder delinquir, por lo que Monge indica que:

“En su virtud, si tal capacidad criminal forma parte del derecho penal represivo, con referencias al delito pasado, la prevención de la posible comisión de futuro debe ser evitada con otros instrumentos jurídicos, distintos de la pena, como son las medidas de seguridad. (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 119)

Sentada esta premisa, la polémica que se suscitó giró en torno a la cuestión relativa a ubicar la llamada «mayor capacidad para delinquir» dentro de las categorías del delito, concretamente, si se trataba de una categoría ajena a la culpabilidad o, por el contrario, formaba parte de la misma. En esta línea argumental, que negaba la pertenencia de la «mayor capacidad para delinquir» a la categoría de la culpabilidad” (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 119)

Al respecto Ranieri señala que:

“La mayor capacidad para delinquir no constituía un hecho de futuro, sino antes bien, formaba parte de la personalidad manifestada en el hecho. Es más, tal «capacidad para delinquir» ni siquiera pertenece al delito, sino que se refleja en él, sin que afecté a la gravedad de la

culpabilidad” (Manuale di diritto Penale
vol1 : Parte General, 1968, pág. 559)

○ **La Mayor inclinación a delinquir (la tesis de Bettiol)**

Iniciando de que las tesis anteriormente mencionadas suponen la negativa a indicar la exasperación de la reincidencia desde la perspectiva del principio de culpabilidad, misma que por considerar la naturaleza punitiva de la agravante esta se mostraría incompatible con el principio político criminal, debido que cierto sector de la doctrina italiana trato de mitigar dicho fracaso de la exasperación desde las categorías culpabilísticas.

Al respecto Bettiol señala que:

“Si se atiende a la naturaleza subjetiva de la reincidencia, la ratio essendi de la misma debe conectarse con la inclinación a delinquir como componente interno de la intención del reincidente. Y el mayor grado de pena con que se castiga la reincidencia reside en el componente psicológico-naturalista de la inclinación a delinquir, que el individuo permite albergar en su ánimo, cuando podía haberlo evitado. Tal inclinación al delito admite una «valoración ética», basada en la capacidad de evitación del individuo, es decir, el haber podido evitar, con mayor esfuerzo personal recaer en el delito y dejar que se formase en él la inclinación al delito” (Diritto Penale, 1973, pág. 624)

MIR PUIS, señala respecto al tema que:

“En definitiva, tal inclinación al delito, como fundamento a la agravación de la pena de la reincidencia constituye, a juicio de Bettiol, aumento de la culpabilidad, y entronca directamente con el principio de «la culpabilidad por la conducta de vida». Es decir, lo que justifica tal agravación es el reproche que se dirige al sujeto reincidente por la totalidad de su modo de vida, que le ha dejado la huella de la inclinación a delinquir. Conforme con ello, bajo su concepción, se superan los escollos antes advertidos que hacían incompatible tal fundamento con el principio de culpabilidad, armonizando el carácter subjetivo de la agravante de reincidencia con el fundamento con las tesis culpabilísticas. Y merece destacar que, en la construcción de Bettiol, esta afirmación de la reincidencia en la categoría de la culpabilidad no se interpreta como una agravación del nuevo delito, careciendo, por tanto, de la naturaleza de agravante, al hallarse vinculada con la infracción anterior —no con el delito actual—, siendo por tanto culpa de autor y no de acto” (La reincidencia en el Código Penal, 1974, pág. 455)

Con respecto a lo señalado, la teoría de la culpabilidad, en este caso por la conducción de vida,

se observó diferentes inconvenientes que llevaron a su inaplicación práctica, sin olvidar que tuvo su origen en Alemania, por lo que la citada tesis tuvo que someterse a las pretensiones de la época del nacional. Socialismo, con lo que conllevaría a incorporar al pro Derecho Penal la culpabilidad aquellas figuras jurídicas que no encuadraban en el Código Penal alemán; por lo que el origen y fundamento de dicha tesis lo que buscaba era ajustar esas figuras extrañas en el Código Penal con lo que vendría a ser los dictados del principio de culpabilidad

Monge señala respecto al tema que:

“De otro lado, la constatación de una culpabilidad de carácter destacaría los casos en los que el hombre se halla en condiciones de superar los aspectos inherentes a su personalidad, adquiridos desde su nacimiento, tales como su bagaje genético (taras hereditarias), anomalías biopsíquicas, de aquellos otros que no puede salvar. Conforme con ello, la labor del juez resultaría impracticable, ocasionando discutibles presunciones. Incluso, en el caso de afirmar la responsabilidad de carácter y su delimitación, ésta no resultaría relevante para el Derecho, pues desde el prisma del Estado” (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, págs. 120-121)

De esta opinión Antolisei señala que:

“No está legitimado para adoptar medidas restrictivas a cargo del individuo sólo porque éste se muestre más o menos malvado” (Manual del Derecho Penal: Parte General, 2003, págs. 237-238)

Además de tales inconvenientes, tampoco resulta posible afirmar que la circunstancia agravante de reincidencia suponga el reflejo de una culpabilidad por la conducta de vida, conforme con la tesis aquí sostenida de negar que los reincidentes constituyan tipos de autor*. Pretender defender a ultranza que la reincidencia constituye una manifestación de la mayor culpabilidad por la conducción de vida conlleva la asunción de una presunción «iuris et de iure», contradicha por la praxis diaria. De otro lado, también se ha tratado de legitimar la exasperación de la agravante de reincidencia a través del fundamento del incremento de la culpabilidad del autor, aunque sin recurrir a la teoría de la culpabilidad por la conducta de vida, basándose en la tesis de la culpabilidad por el acto aislado (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 121)

Al respecto Maurach señala que:

“Mientras que para el general juicio de culpabilidad basta con la observación de que el autor ha abusado de su imputabilidad por la consciente rebeldía frente a la norma (ley prohibitiva); en el ladrón reincidente, concurre, además en sentido agravatorio, la representación

de la punibilidad de su hacer”
(Deutsches Strafrech, 1969, pág. 856)

Por lo que en su opinión Monge, sostiene que la representación de la punibilidad de la actuación del reincidente no es argumento sólido para fundamentar la exasperación de la agravación de la pena para los reincidentes. Afirmar lo contrario conllevaría elevar también las penas en los casos de los distintos profesionales del Derecho, que conocen perfectamente la punibilidad de su obrar (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 121)

Y lo que va aún más lejos, fundamentar la exasperación en la tesis de la representación sería asumir una «presunción de intensificación de la culpabilidad», pues, «lo cierto es que basta con el dato objetivo de la anterior condena, para que su apreciación haya de verificarse ineludiblemente, sin que sean permitidas indagaciones de ningún género acerca de la conciencia y voluntad del sujeto en el momento de delinquir» (Derecho Penal del Tribunal Supremo, 1964, pág. 426)

D) La mayor gravedad del injusto (La tesis de Mir Puig)

Se tiene pues que según la doctrina penal española, en la década de los setenta, un grupo minoritario que estaba representado por Mir Puig, creó una tesis sobre el fundamento de la agravación de la pena en cuanto a la

reincidencia, separando la citada agravante en la condena previa, misma que fue empleada a la vez por el legislador alemán, debido a que en la redacción del antiguo §17 StGB, de donde nació la primera Ley de Reforma del Derecho Penal de fecha 25 de junio de 1969, seguido del § 48 del nuevo Código Penal alemán, seguidamente al tenor de la segunda Ley de Reforma de fecha 4 de julio de 1975, donde se fundamenta la exasperación de la agravante de reincidencia exigiéndose al autor que “le sea reprochable a la vista de la naturaleza y de las circunstancias de las infracciones, no haber tenido en cuenta como advertencia las condenas anteriores”

En sentido crítico Monge indica que, “tampoco cabe fundamentar la agravación de la reincidencia en la mayor gravedad del injusto, dado que no se aprecia en el nuevo delito un aumento en el desvalor de acción, ni tampoco en el desvalor de resultado, tratando de justificarlo, simplemente, en la existencia de una condena anterior. En mi opinión, la tesis que sostiene Mir Puig, al margen de su incalculable valor dogmático, supone una ficción, al admitir la vulneración de dos normas y, además, la existencia de dos bienes jurídicos. En primer término, la implícita, contenida en el delito que comete (por ejemplo, un robo) y, además, la que prohíbe la recaída en el delito tras la condena (la reincidencia)” (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 122)

2.8.1.4 Toma de Posición, la reincidencia desde los fundamentos

Demostrada la imposibilidad de legitimar la punición de la agravante de reincidencia desde las tradicionales categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad, y defendiendo una

teoría de la pena desde la perspectiva de la prevención especial, la única solución viable para fundamentar el castigo de la reincidencia podría fundamentarse en razones de prevención especial, dado que el sujeto ha demostrado una peligrosa predisposición para el delito. Por el contrario, desde la perspectiva de la prevención general, resultaría más difícil buscar un fundamento a la agravación de la reincidencia, ya que la capacidad conminatoria del Derecho penal no parece muy eficaz, pues precisamente la reincidencia confirma el fracaso de la prevención general, dado que el reincidente no parece haberse intimidado por la norma, sino antes, al contrario. (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 123)

Siendo así que, en cuanto a la opinión mayoritaria, no sería preciso fundamentar la exasperación de la reincidencia en un mayor aumento de la culpabilidad, pues en cuanto a este punto ROXIN afirma que:

“El concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse también teóricamente en esta segunda función” (Reflexiones político criminales sobre el principio de culpabilidad, 1977, pág. 144)

Y, es más, si bien “la culpabilidad constituye un límite a la pena, no obstante, no la fundamenta... es una condición necesaria, pero no suficiente para la imposición de la consecuencia jurídica” (Reflexiones político criminales sobre el principio de culpabilidad, 1977, pág. 148)

Por ende, podemos entender, que la culpabilidad es entendida como una posibilidad de poder proceder de un modo diferente, siendo insuficiente para poder injustificar la imposición de una pena, a lo que debemos añadir la consideración preventiva, ya sea general o especial, indicando que la pena será necesaria para poder intensificar el sentir jurídico, así como la fe en el derecho de la ciudadanía para poder actuar sobre el autor o sujeto del delito, en ese sentido Roxin indica que:

“La misión del Derecho Penal no puede consistir en retribuir la culpabilidad, sino solamente en la resocialización y en las ineludibles exigencias de prevención general” (Reflexiones políticas criminales sobre el principio de culpabilidad, 1977, pág. 145)

En ese sentido Muñoz Conde señala que:

“Lejos de legitimar la agravante de reincidencia en la mayor culpabilidad por el hecho que se enjuicia y sobre el que recae la agravante, debe hallarse su fundamento más propiamente, bien en lo recalcitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a las normas penales, bien en su mayor peligrosidad; sin embargo, ni la peligrosidad puede presumirse iuris et de iure como hace el Código en esta materia, ni es un concepto en el que puede asentarse una mayor gravedad de pena, que debe ir referida a la culpabilidad” (Derecho Penal: Parte General, 2004, págs. 490-491)

Por otra parte, en cuanto a la retribución, Roxin señala como prevención general positiva que:

“Como reforzamiento de la confianza social en el Derecho, y precisamente la reincidencia demuestra el fracaso de los fines preventivos, parece deducirse de ello que en la punición de la reincidencia queda latente un cierto carácter vindicativo. No obstante, no puede aceptarse la idea de que la pena retributiva de la culpabilidad constituya el medio más idóneo y conveniente para reprimir las conductas socialmente dañosas no evitables de otro modo” (Que queda de la culpabilidad en Derecho Penal, 1986, pág. 673) Actualmente, “nadie mantiene que la pena, basada en la culpabilidad y en su pura retribución, deba ser el único medio de reacción frente al delito” (Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, 1981, pág. 13)

Con respecto a lo mencionado, en el sentido de admitir como algo posible una pena retributiva de la culpabilidad instituida sobre un reproche moral, lo cual no implica que sea el mejor medio para poder abolir la criminalidad, debido la lucha contra el delito se configuraría de modo preventivo, por lo que Monge Fernández señala respecto a la retribución de la culpabilidad que:

“Se orienta hacia el hecho pasado, que pretende compensar. Los fines preventivos son ajenos a la esencia de la retribución. Ahora bien, si se pretende alcanzar una meta (la prevención) aplicando un medio (la retribución de la culpabilidad) que no está destinado a la obtención de la finalidad perseguida, éste no puede razonablemente ser el mejor medio. Más bien, el medio no será idóneo o, por lo

menos, deberá ser transformado de modo correspondiente a dicho fin” (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 125)

Por lo que podemos inferir que, dentro de un sistema penal dualista resultaría de cierta forma más adecuado reemplazar el principio de culpabilidad para poder fundamentar la pena y a su vez sustituirlo por el concepto de “responsabilidad”, debido a que el criterio de Roxin indica que:

“(…) la culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena” (Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, 1981, pág. 21)

Asimismo, otros autores sugieren la sustitución del concepto de culpabilidad por el de imputación individual, ello conforme a que, en tercer lugar, la agravación de la pena para los reincidente no resultaría compatible con el principio de culpabilidad, debido a que la facultad del reincidente a resistir a la tentación de incurrir en nuevos delitos no aumenta con el número de condenas, sino, disminuye, por lo que Monge Fernández indica que:

“Un principio de culpabilidad suficientemente cumplido apoya, por ello, la exigencia de renunciar a una agravación de la pena para los reincidentes. Y, si bien es cierto que, atendiendo a razones preventivas, es necesario intervenir sobre los sujetos reincidentes de forma más intensa que sobre el delincuente primario, no es menos cierto que la intervención no debe efectuarse a través de la ejecución de una pena, inadecuada para la

resocialización, sino mediante la aplicación de una medida, por ejemplo, el internamiento en un establecimiento de terapia social” (Aproximaciones Dogmaticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 126)

Si bien es cierto, en un plano teórico, penas y medidas de seguridad son diferentes, pero en cuanto al ponerse en práctica cumplen básicamente el mismo hecho, por lo que el supuesto de hecho de las medidas de seguridad debe retirarse una multiplicidad de preceptos del Código Penal, asimismo según Monge Fernández sobre el supuesto de hecho genérico de las medidas de seguridad indica que está constituido por los siguientes elementos:

“a) el sujeto tiene que estar comprendido en una categoría determinada de personas; y b) en el sujeto debe apreciarse peligrosidad criminal; la confluencia de ambos requisitos dará lugar a la constitución de los llamados «estados de peligrosidad criminal» típicos” (Aproximaciones Dogmaticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 126)

Por lo que, el motivo de las medidas de seguridad es únicamente la peligrosidad criminal, la cual también será únicamente en cuanto al contenido del supuesto de hecho con respecto a lo que se va a determinar la consecuencia jurídica, siendo así que el delito cometido por el sujeto no puede tener otro valor el que corresponde a un síntoma revelador de su peligrosidad, pero a su vez la peligrosidad no puede radicar en el hecho previo mismo. “La exigencia

de la previa comisión de un delito, por tanto, no tiene otro valor de gran importancia, sin embargo, que el de un criterio que limita las medidas de seguridad del Derecho penal a las postdelictuales, y, por tanto, de un límite externo, por razones de seguridad jurídica, al ejercicio del Derecho penal preventivo, pero no puede ser un elemento más de la estructura del «supuesto de hecho» de la medida. No obstante, y dadas las consecuencias poco satisfactorias de la tesis de la peligrosidad criminal en relación con la agravante de reincidencia, algún autor propugnase la sustitución de los arcaicos conceptos verbalistas de reiteración o reincidencia por los sociológicos y antropológicos de la habitualidad y profesionalidad», tratando de tomar en consideración más que la repetición de sentencias, el género de vida del delincuente y la conexión de las diversas infracciones con la personalidad del autor” (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, pág. 127). Siendo así que por todo lo indicado, lo más adecuado según el autor es la aplicación de una medida de seguridad con carácter inocuizador, por lo que para Monge Fernández la agravante de reincidencia constituye:

“Un grave quebranto de los principios inspiradores del Derecho penal de la culpabilidad, resultando además poco adecuado como instrumento de la Política Criminal, si tenemos en cuenta que la reincidencia supone un estrepitoso fracaso de los efectos preventivos de la pena. Dada tal frustración, resulta poco operativo que el Derecho penal reaccione, a su vez «reincidiendo» en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención,

precisamente a través de la misma sanción que fracasó anteriormente. Por consiguiente, lo más adecuado a tal fin no consiste en aumentar la cantidad de pena, dado el fracaso de la sanción retributiva, sino antes bien recurrir a una consecuencia jurídica de naturaleza distinta, a mi juicio, una medida de seguridad inocuizadora, (...) Por todo ello, «la pretensión de que todas las circunstancias agravantes... han de tener una explicación en la antijuridicidad o en la culpabilidad debe ser abandonada, pues, amén de que el contenido de esos conceptos es discutido, puede suceder que la razón de una agravación no se encuentre ni en la antijuridicidad ni en la culpabilidad, sino en postulados político-criminales fundados en la función o finalidad que se le quiere dar a la reacción penal” (Aproximaciones Dogmáticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2008, págs. 128-129)

2.8.1.5 Tratamiento penal del delincuente reincidente peligroso: ¿Cómo medidas de seguridad o en la ejecución de la pena?

AGUADO LOPEZ, lo que busca es combatir con el delincuente reincidente que son peligrosos con medidas de seguridad, con la finalidad de proteger la seguridad ciudadana, buscando asegurar un cambio en cuando a la política criminal que tiene el Código Penal de 1995, interviniendo con medidas penales para los sujetos después de la ejecución de la pena, lo cual presupone tratar el

problema de la peligrosidad criminal en el Derecho Penal preventivo y de medidas de seguridad, alejado del derecho penal de la culpabilidad, suponiendo una intervención más gravosa, indicado el autor que no es la única política criminal para poder combatir contra los sujetos reincidente peligrosos imputables, indicando AGUADO LOPEZ que hay otras alternativas tales como:

“1) El tratamiento de la recaída del delito con más pena, por ejemplo, con agravante como la reincidencia y la multirreincidencia, o con la conversión de faltas en delito” (Tratamiento penal del delincuente reincidente peligroso: ¿como medidas de seguridad o en la ejecución de la pena?, 2013, pág. 56)

En razón a lo indicado, dicha política criminal ha resultado insuficiente, al ser insatisfactoria por ir en contra a principios penales constitucionales, ya sea como el principio de legalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, igualdad y principio de culpabilidad, abordando puntos importantes, siendo que a consecuencia de ello, dicho anteproyecto del autor propone la derogación de la agravante multirreincidencia la cual está tipificada en el artículo 66.5 del Código Penal español vigente, proponiendo AGUADO LOPEZ otra segunda alternativa que indica:

“2) Otra alternativa menos radical que las anteriores, sería proponer también la derogación de agravaciones de la pena como la multirreincidencia, y tratar al delincuente reincidente peligroso dentro de la ejecución de la pena como problema de prevención especial, sin abonar el derecho penal de culpabilidad” (Tratamiento penal del delincuente reincidente peligroso: ¿como

medidas de seguridad o en la ejecución de la pena?, 2013, pág. 56)

2.8.1.5.1 Tratamiento del Delincuente reincidente peligroso a través de medidas de seguridad

2.8.1.5.1.1 Medidas de seguridad para el delincuente reincidente peligroso

En esta doctrina se propuso la aplicación de medidas de seguridad para el delincuente reincidente peligroso como un complemento o como una forma de ejecución de la pena, dicha propuesta recoge el último Anteproyecto de Código Penal, el autor a través de ello indica que no sería razonable proponer, la aplicación de una medida de seguridad como única solución para tratar ese tipo de delincuencia en la actualidad, prescindiendo de la pena y del principio de culpabilidad, puesto que este indicaría un retroceso en las garantías penales conquistadas.

Respecto a este punto CERESO MIR indica:

“De trata al delincuente reincidente, o habitual, peligroso a través de medidas de seguridad postdelictuales, como complemento de la pena.”
(Curso derecho penal Español, 2004, pág. 41)

Al respecto, el autor justifica que el sujeto habitual peligroso se le debe de imponer una medida de seguridad puesto que concurre en el presupuesto de las medidas de seguridad, habiendo la posibilidad de que el mismo vuelva a delinquir observándose así la peligrosidad criminal.

Según AGUADO LOPEZ indica que

“Dicha peligrosidad criminal puede tratarse, de forma más adecuada, con el recurso a las medidas de seguridad, pues la única finalidad de las mismas es la prevención especial. Con las medidas de seguridad se persigue eliminar la peligrosidad del sujeto a través de los distintos fines en los que se concreta la prevención especial (la corrección, intimidación, o inocuización del delincuente).” (Tratamiento penal del delincuente reincidente peligroso: ¿como medidas de seguridad o en la ejecución de la pena?, 2013, pág. 56)

Muchos otros autores, al observar la agravación que la pena era inadecuada para la reinserción de este tipo de delincuentes a la sociedad, han requerido que se aplique medidas de seguridad para los sujetos habituales peligrosos.

Como acertadamente CEREZO MIR, distingue la peligrosidad del autor, que al sujeto habitual peligroso de criminalidad grave se le debería atribuir medidas de seguridad privativas de libertad, donde se propone dentro del derecho alemán, el internamiento a un centro de custodia de seguridad y un centro de internamiento de terapia social.

Al respecto CEREZO MIR indica que:

“En cambio, al delincuente habitual peligroso de criminalidad leve no se le podrían aplicar, de acuerdo

con este autor, medidas de seguridad privativas de libertad porque se vulneraría el principio de proporcionalidad.” (Curso derecho penal Español, 2004, pág. 42)

Según CERESO MIR citado por AGUADO LOPEZ indica al respecto que:

“El internamiento en un centro de terapia social consiste en someter a los delincuentes habituales a un tratamiento con métodos psiquiátricos-sociales para conseguir la readaptación o recuperación social del delincuente. El centro estaría dirigido por un psiquiatra y el personal del centro estará formado por un equipo de psiquiatras, psicólogos y asistentes sociales, que se encargarían de tratar a un número reducido de internos para que la terapia tenga éxito” (Tratamiento penal del delincuente reincidente peligroso: ¿como medidas de seguridad o en la ejecución de la pena?, 2013, pág. 57)

Continúa AGUADO LOPEZ exponiendo que:

“Este internamiento solo iría dirigido a los delincuentes habituales de criminalidad grave, en los que se aprecie una grave anomalía en su personalidad, siempre que esta hubiera fluido en la comisión del delito. Padecer esta grave anomalía no significa, necesariamente, que sean inimputables o semiimputables, sino que se trataría simplemente de un defecto de su personalidad. Por lo tanto, de esta forma propone extender, por razones preventivas y de defensa social, las medidas de seguridad a persona imputables, pues nuestro Código Penal solo prevé medidas de seguridad inimputables y semiimputables” (Tratamiento penal del delincuente reincidente

peligroso: ¿como medidas de seguridad o en la ejecución de la pena?, 2013, pág. 57)

AGUADO LOPEZ respectos al internamiento en el centro de terapia social indica que:

“No se propone como alternativa a la pena, sino como complemento. Como la aplicación de esta medida a ser voluntaria, se aplicará antes que la pena privativa de libertad, como arreglo al sistema vicarial, pues difícilmente el delincuente querrá someterse voluntariamente a ella después del cumplimiento de la pena. La duración de la medida, y la sentencia que la imponga, será relativamente indeterminadas porque su duración dependerá de la evolución de la peligrosidad del sujeto, pero no será totalmente indeterminadas por que propone un límite máximo de cinco años.” (Tratamiento penal del delincuente reincidente peligroso: ¿como medidas de seguridad o en la ejecución de la pena?, 2013, pág. 57)

Sobre esta cuestión, actualmente en Alemania desde 1984 dio una ley que abolió una medida de internamiento en un centro de terapia social, transformándola en una modalidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad

Sin embargo, CERESO MIR indica que:

“Muestra su preferencia por mantener el internamiento en su centro de terapia social como medida de seguridad porque, de lo contrario, el tratamiento y su duración estaría condicionados por la duración de la pena.” (El Tratamiento de los delincuentes habituales en el borrador de anteproyecto de Código Penal, parte general, 1993, pág. 255)

Continúa CERREZO MIR, señalando que:

“Para evitar el fracaso de esta medida, que en ante Alemania nunca se aplicó debido a su alto coste económico y a la falta de personal especializado, reduce su propuesta limitándola para delincuentes habituales menos de 21 años de criminalidad grave. Además propone como medida de seguridad privativa de libertad, para los delincuentes habituales de criminalidad grave, el internamiento en un centro de custodia de seguridad para aquellos a los que no se les pueda aplicar, o no acepten voluntariamente la aplicación de la medida de internamiento en un centro de terapia social.” (El Tratamiento de los delincuentes habituales en el borrador de anteproyecto de Código Penal, parte general, 1993, págs. 253-255)

En la actualidad en el Derecho Penal alemán detallada por el profesor JESCHECK indica que:

“Esta medida es un claro exponente de la defensa de la sociedad frente al delincuente peligroso por tendencia, ya que su finalidad principal es inocuizar o separar al delincuente de la sociedad. Pero, aunque este sea el fin principal, no se excluye totalmente la resocialización del delincuente, si es posible.” (Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen I, 1993, págs. 739-744)

Al respecto AGUADO LOPEZ indica que

“Como es una medida muy grave su aplicación es bastante restrictiva. Se limita a los delincuentes habituales que muestren una tendencia a cometer delitos graves, excepto si se trata de jóvenes delincuentes. Por ejemplo, en la práctica seguida en Alemania, nunca se ha aplicado a personas menores

de treinta años. Tampoco se aplica si se puede acudir a medidas menos gravosas como, por ejemplo, el internamiento en un centro de desintoxicación, en un centro psiquiátrico, etc.” (Tratamiento penal del delincuente reincidente peligroso: ¿como medidas de seguridad o en la ejecución de la pena?, 2013, pág. 57)

JESHECK continúa mencionando que:

“La duración del internamiento es en principio indeterminada, con un límite máximo, en el caso del primer internamiento, de diez años. Pero se puede suspender la prueba si el pronóstico social es favorable.” (Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen I, 1993, pág. 743)

Asimismo, ROXIN indica que:

“La custodia de seguridad, a diferencia del internamiento en un centro de terapia social, ha sido excluida del sistema vicarial. Se cumple primero la pena y después la medida de internamiento, ya que el cumplimiento previo de la pena no entorpece en este caso los fines de esta medida de seguridad, cuyo fin principal, como he dicho, es la inocuización del delincuente. De todas las formas si con el cumplimiento previo de la pena se consigue la resocialización del delincuente, ya no será necesario acudir a la custodia de seguridad.” (Derecho penal, Parte general, 2014, pág. 107)

Al respecto MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS indica que:

“Por mucho que sea deseable la aplicación de medidas de seguridad a los delincuentes habituales peligrosos, no deja de ser una propuesta de lege

ferenda mientras no se apruebe el último anteproyecto del Código Penal. El intento de aplicar las medidas de seguridad, previstas en nuestro código penal para los imputables o semiimputables, a los delincuentes habituales peligrosos, como ha intentado algún autor, chocaría con el principio de legalidad.” (La Reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político-criminales, 1999, págs. 372-378)

Según GRACIA MARTIN, BOLDOVA PASAMAR, ALASTUEY DOBON señalan que:

“Los delincuentes habituales peligrosos cumplirían con los requisitos generales previstos en el art. 95 del CP para aplicar las medidas de seguridad: haber cometido un delito y que exista peligrosidad criminal. Sin embargo, no se pueden aplicar las medidas de seguridad privativas de libertad de los arts. 101, 102 y 103, ni las medidas de seguridad no privativas de libertad del art. 96.3 del CP, pues el presupuesto para su aplicación es incurrir en alguna de las causas de inimputabilidad del art. 20.1,2 y 3 del propio Código, o de semiimputabilidad del art. 104 en relación con el art. 20.1,2 y 3 del CP.” (Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006, pág. 450)

Ni siquiera sirve el argumento de que los reincidentes o multireincidentes presentan una culpabilidad disminuida porque su capacidad de resistencia ante el delito es menor, ya que, sin perjuicio de que esta afirmación sea discutible, no se puede amparar en ninguna de las causas de inimputabilidad recogidas en nuestro Código Penal. Esa supuesta culpabilidad disminuida no puede reconducirse, por sí sola, sin vulnerar el principio de legalidad, a los supuestos de alteración psíquica de trastorno mental

transitorio, de intoxicación por drogodependencias, ni a las alteraciones en la percepción.

Tampoco me sirve la conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a aplicar medidas de seguridad no previstas expresamente por la ley, a los supuestos en los que se aplique la atenuante de grave adición o la atenuante analógica de drogadicción, para cumplir mejor la finalidad de reinserción social del art. 25.2 de la CE. Esta doctrina no es trasladable a este caso sin caer en una interpretación analógica en contra del reo pues, a diferencia de lo que ahora nos incumbe, en aquellos supuestos la menor culpabilidad del sujeto se ampara en las atenuantes recogidas por el Código Penal (artículos 21.2 y 21.6).

2.8.1.5.1.2 El Principio de proporcionalidad como limite a las medidas de seguridad

La propuesta de aplicar medidas de seguridad al delincuente habitual peligroso se rodea de una serie de garantías adecuadas a las medidas de seguridad, distintas de la pena, entre las que destaca el principio de proporcionalidad como limite a la finalidad de prevención especial de las mismas, como se explica en la propia Exposición de Motivos del último Anteproyecto del Código Penal

Las medidas de seguridad propuestas no estarían limitadas por el principio de culpabilidad, ya que el fundamento de las medidas de seguridad no es la culpabilidad, sino la peligrosidad de cometer delitos en el futuro. Pero si

estarían limitadas por el principio de proporcionalidad.

Este principio serviría para justificar la restricción de derechos que también implica la aplicación de las medidas de seguridad.

De acuerdo con ROXIN indica que:

“El recurso a las medidas de seguridad se justificará a través del principio de ponderación de bienes. Según este principio, se puede privar la libertad cuando se disfrute con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad.” (Derecho penal, Parte general, 2014, pág. 105)

En este sentido, JESCHECK expone que:

“En relación con la custodia de seguridad, dice que no son importantes las objeciones que desde el punto de vista constitucional se hacen a dicha medida porque quien abusa repetidamente de la libertad para cometer delitos graves, y presenta también un

considerable peligro para el futuro, puede, en interés de la justificada demanda de seguridad por parte de la sociedad, ser sometido a la necesaria restricción de sus movimientos.” (Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen I, 1993, pág. 740)

Continúa indicando CEREZO MIR que:

“Coherentemente con el fundamento de las medidas de seguridad, se critica la aplicación del principio de proporcionalidad, previsto por las penas, a las medidas de seguridad, como sucede en nuestro Código Penal (art. 6.2).” (Curso derecho penal Español, 2004, págs. 42-44)

El límite previsto en el art. 6.2 (pena abstractamente aplicable al hecho cometido) es propio de la pena, pero ajeno a las medidas de seguridad es el tratamiento del delincuente para que no cometa delitos en el futuro, lo lógico que la duración de la medida se vincule a la duración del tratamiento, y no a la gravedad del delito.

No tendría sentido exigir como límite de gravedad del delito cometido, porque puede suceder que el sujeto que cometió el delito necesite un tratamiento

de mayor duración, de forma que, si no se lleva a cabo, quedaran frustrados los fines de la prevención especial propios de las medidas de seguridad como, por ejemplo, la rehabilitación del delincuente.

Desde este punto de vista, se exige que la duración de las medidas de seguridad propuestas este en función de la peligrosidad del delincuente.

De acuerdo con Cerezo Mir señala:

“Las medidas de seguridad han de guardar proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer.” (Curso derecho penal Español, 2004, págs. 42-44)

2.8.1.5.2 Tratamiento de los delincuentes reincidentes peligrosos en la ejecución de la pena como problema de prevención especial

En este apartado voy a intentar demostrar que la peligrosidad criminal, que presentan los delincuentes reincidentes peligrosos, también se puede tratar en la ejecución de la pena, sin necesidad de acudir a las medidas de seguridad

La propuesta anterior, de tratar de los delincuentes habituales peligrosos con medidas de seguridad, tiene el mérito de haber demostrado la necesidad de atender al fin de prevención especial para hacer frente a la

peligrosidad criminal que presentan este tipo de delincuentes.

Pero no hay que olvidar que la prevención especial es una de las finalidades de la pena, aunque no la única, y que cobra especial importancia en el momento de ejecución de la misma. Por eso, pienso que las medidas de seguridad no son la única respuesta a la peligrosidad criminal, sino que este problema se puede tratar en la ejecución penal.

CEREZO MIR indica que:

“El tratamiento de los delincuentes reincidentes peligrosos en la ejecución de la pena me parece, por una parte, más respetuoso con los principios constitucionales y, por otra, más realista desde el punto de vista práctico. Puede ser que a través de las medidas de seguridad se pueda combatir, al menos en teoría, de forma más eficaz la peligrosidad criminal.” (Curso derecho penal Español, 2004, págs. 40-41) “Pero esta mayor eficacia no debe alcanzarse a costa de las garantías constitucionales.” (Tratamiento penal del delincuente reincidente peligroso: ¿como medidas de seguridad o en la ejecución de la pena?, 2013, pág. 59)

Con esto no quiero decir que la anterior propuesta no sea respetuosa con los principios penales, pues, como hemos visto, se ha hecho un esfuerzo por rodearla de las garantías

penales como, por ejemplo, el principio de legalidad o el de proporcionalidad. Respeto el principio de legalidad, al admitir solo las medidas de seguridad postdelictuales. Y también el principio de proporcionalidad, que se utiliza constantemente como límite de las medidas de seguridad, si bien adaptado, como es lógico, al fundamento de las medidas.

Pero, como vamos a ver la propuesta de la peligrosidad en la ejecución de la pena es más respetuosa con nuestra Constitución. Y, además, es más realista desde el punto de vista económico, ya que también es este un dato que hay que tener en cuenta a la hora de realzar una propuesta de este tipo en nuestro país, como nos lo demuestra la experiencia diaria.

2.8.1.6 La reforma del Código Penal en materia de reiteración delictiva

Se tiene que hace casi 10 años, el legislador indicaba criminalidad reiterada o profesional era en si uno de los muchos de problemas principales, al cual el ordenamiento jurídico penal tenía que dar respuesta alguna, por lo que se aprobó una serie de medidas que estaban destinadas a fortalecer de alguna manera a la seguridad ciudadana, aportando con ello un tratamiento en específico a la delincuencia, siendo así que se incorporó al Código Penal la agravante de reincidencia calificada por el número de delitos y a su vez regulaba varios tipos delictivos que estaban integrados en ella debido a la acumulación de acciones que constituían faltas, pero si bien es cierto actualmente se observa una nueva reforma del Código Penal donde se

centra nuevamente en los delincuentes peligrosos, quienes son reiterativos en cuando a la comisión de infracciones que cometían estos, es así que en el Anteproyecto se manifiesta que la pena en cuanto a la culpabilidad es insuficiente en cuando a los supuestos de la peligrosidad elevada, sin que se sean suficientes los mecanismos de una respuesta complementaria actual, siendo la misma la agravante de reincidencia, tipificada en el artículo 66.1.5 y la medida de libertad vigilada, puesto que, se cuestiona que en cuanto a la elevación de la pena por la peligrosidad futura del sujeto sea compatible a la vez con algunos principios constitucionales.

2.8.1.6.1 La Reincidencia cualificada por el número de delitos (artículo 66.1.5 CP)

2.8.1.6.1.1 Breve referencia a su tramitación legislativa

Lo incorporado por el artículo 66.1.5 CP, misma que fue incorporada por la LO 11/2003 de fecha 29 de septiembre, la cual fue aprobada en el Plan de lucha contra la delincuencia , la misma que fue propuesta por el Gobierno en fecha 12 de septiembre de 2022, con la finalidad de fortalecer la seguridad ciudadana y a la vez mejorar la protección de los derechos de los ciudadanos, principalmente en cuanto a las agresiones de la delincuencia propiamente dicha, siendo que por tal hecho el legislador es quien señala la necesidad de poder dar respuesta alguna a la delincuencia que cometía acciones de forma reiterada, indicando además que son numerosos los cometen delitos pequeños en un mucha ocasiones, delito que por su cuantía individualizada no obtenían una

respuesta penal adecuada, motivo por el cual se incorpora la nueva agravante.

Al respecto ROIG TORRES indica que:

“La exposición de motivos sea anticipaba a previsibles críticas, señalando que dicha circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el juzgador el que, ponderando la magnitud de la pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de estas, así como la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga, en su caso, la pena superior en grado. Pero, este juicio era opuesto al que llevó al legislador de 1983 a suprimir la multirreincidencia.” (La reforma del Código Penal en materia de reinteración delictiva, 2015, págs. 345-346)

Por lo que la ROIG TORRES refiere que:

“En efecto, la LO 8/1983 derogó esta circunstancia, manifestando expresamente en la Exposición de Motivos que la exasperación del castigo del delito futuro, de por si contraria al principio non bis in idem, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencia punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como podo eficaz solución en el

tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerancia de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad de pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho.” (La reforma del Código Penal en materia de reinteracción delictiva, 2015, pág. 346)

Motivo por el cual, por lo antes referido el aumento de la penalidad por la multirreincidencia no solo se había vuelto ineficaz sino también la misma estaba contraria al principio de legalidad como al principio de non bis in idem, es por ello que se observa los defectos que presenta dichas circunstancias, los cuales no se salvan con elementos adicionales que están tipificados en el artículo 66.1.5 CP, es otras palabras, se hará referencia a la atención a las condenas que son precedente y también a la gravedad del nuevo delito que se comete, mismos que son referidos por la LO 11/2023. Las condenas que son previstas ya fueron en su caso sancionadas proporcionalmente a cada delito realizado con la finalidad de que dichos hechos denoten en sí una mayor peligrosidad del agente que vuelve a delinquir posteriormente, mas no incrementan la gravedad de esta nueva conducta realizada, sin embargo, la autora busca exponer dicha realidad, misma que refiere

que debería de ser incorporada dentro del marco legal correspondiente a cada figura.

Por lo que ROIG TORRES expone que:

“Nos genera suspicacias que una medida que se mostró infructuosa, en la actualidad sea capaz de conseguir en fin preventivo que se pretende, cuando además su introducción no parecía estar respaldada por ningún estudio empírico que denotaran un cambio en las circunstancias. Estos recelos son compartidos por los redactores del Anteproyecto actual, donde se afirma la insuficiencia también de esa agravación especial para afrontar la peligrosidad de los sujetos que reiteradamente realizan acciones delictivas.

Sin embargo, durante la tramitación de la LO 11/2023, la nueva agravante de reincidencia cualificada recibió apoyo de diversos sectores jurídicos. El informe de la Fiscalía General del Estado sobre el Anteproyecto, avalaba tanto esta agravación como la conversión de infracciones leves en delitos, apelando a la seguridad como valor constituciones, y presupuesto a la vez del derecho fundamental a la libertad. Afrontar el reto de la inseguridad ciudadana impone, decía en Informe, un tratamiento específico de aquella delincuencia menor que por su carácter reiterativo deviene en profesionalizada.

Curiosamente, la Fiscalía justificaba la proporcionalidad de las nuevas medias atendiendo al “sentir social mayoritario” y a la mayor operatividad de las mismas de cara a la prevención general positiva y disuasoria. Así, por ejemplo, en relación con la conversión de faltas en delitos patrimoniales señalaba que una reforma que pretenda transmitir a los ciudadanos el mensaje de que se va a dar respuesta adecuada, proporcionada y eficaz, a la pequeña delincuencia de carácter patrimonial, ha de prever para una conducta como el robo de vehículos que genera una sensación de inseguridad ciudadana, una respuesta más severa.” (La reforma del Código Penal en materia de reinteración delictiva, 2015, págs. 347-348)

Por lo que el objetivo primordial de dicha reforma era patente, la imagen de la contundencia frente a la inseguridad, recurriendo así a figuras que carecen de aplicaciones prácticas, como lo que vendría a ser delitos integrados repetidas por varias acciones mismas que son tipificadas como faltas, por lo que se puede afirmar que dichas normas han desempeñado en sí, una función simbólica, siendo así que el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto, enfatizando la finalidad preventivo-general siendo esta de carácter positivo que ejecuta la sanción penal. “El Anteproyecto al modificar el artículo 147,

apartado 2° y el párrafo 2° de los artículos 234 y 244.1, opta claramente por la prevención de la habitualidad a través de la pena. El “delito habitual”, por sí mismo y necesariamente no es “Derecho penal de autor”. No se apartan del terreno del “Derecho penal por el hecho” las agravaciones de pena en las cualificaciones por la comisión profesional y habitual, pues la comisión habitual de determinados hechos delictivos es más dañosa socialmente que el hecho ocasional y por ello precisa una pena superior. La razón de ser de este incremento de la pena en los tipos de habitualidad se encuentra en el mayor contenido del injusto del comportamiento ya observado en el pasado y no en la mayor peligrosidad del sujeto entendida como probabilidad de comportamiento futuro ilícito” (La reforma del Código Penal en materia de reinteracción delictiva, 2015, págs. 348-349).

Sin embargo, en cuando a la relación con respecto a las lesiones el Consejo mantenía una posición diferente, muy diferente a lo estipulado en el artículo 234.2, no requiriendo en si que el hecho en conjunto dirija a una lesión que en cuando a su curación tratamiento médico, es por esta razón, que no es posible argumentar desde el punto de vista del injusto y la culpabilidad el mayor requerimiento de necesidad de la pena, siendo así que, solo el campo de la peligrosidad mas no en el de la culpabilidad tan solo por el hecho, pudiéndose encontrarse argumentado a la propuesta de dicho Anteproyecto, y que conforme a lo indicado, el ámbito que es propio

de reacción en cuanto a la peligrosidad no es el que correspondería a la pena sino el de la medida de seguridad. Siendo así que, en cuanto a la multirreincidencia, tal y como señala el prelegislador la incorpora en la mayor culpabilidad por el hecho que se ha cometido, indicando que concluía que dicha cuestión de habitualidad y reincidencia, el tratamiento de la peligrosidad criminal, requerían reabrir en si la discusión con respecto a las funciones de las medidas de seguridad. Motivo por el cual, en el debate parlamentario, algunas de las formaciones políticas censuraron las reformas propuestas, para la reiteración delictiva, siendo así que ROIG TORRES indica algunos puntos de los parlamentarios sobre dicho tema indicando que:

“El Grupo Parlamentario Vasco (dra. Uria Etxebarria) señalaba que la multirreincidencia puede infringir el principio de culpabilidad y el de legalidad, en tanto se rebasa el marco típico de la pena prevista para un delito y ese exceso se fundamenta en la mayor peligrosidad criminal del sujeto; reproches que se extienden a la multirreincidencia de las faltas. El grupo parlamentario socialista (Sr. Barrero López) recuerda que, en el modelo español, las circunstancias genéricas ..., no tienen otra función que hacer posible que el juez tenga criterios definidos y correctos a la hora de

concretar la pena, dentro del marco que significan los grados de una determinada pena ... Por tanto, otorgan una eficacia distinta ..., es dar a una simple circunstancia la eficacia extraordinaria de poder rebasar el límite máximo o mínimo de la pena legalmente determinada. Lógicamente

desnaturaliza la simple circunstancia del delito, transformándola en algo tan esencial como es el efecto sobre la pena. Sin embargo, Convergencia i Unió—CIU—(Sr. Silva Sánchez) valoraba positivamente el tratamiento de la reincidencia. Partiendo de la postura del Tribunal Constitucional, mantenía que en los supuestos en los que hay reincidencia la culpabilidad es mayor que en los que no la hay. Por tanto, en la reincidencia o en la multirreincidencia no se trata de un Derecho penal de autor. El Grupo Parlamentario Popular (Sra. Tormentero) mantiene que la agravante especial es conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y a los principios constitucionales, al igual que la reiteración de acciones constitutivas de faltas, que pasan a ser delito. El fundamento de la reincidencia se encuentra en la mayor culpabilidad y la mayor peligrosidad de este tipo de delincuente, así como en necesidad de prevención especial y general, medidas

a las que no cabe oponer ninguna tacha constitucional... No compartimos la afirmación de que con esta reforma se está infringiendo el principio de proporcionalidad de las penas. Pocas dudas se suscitan en cuanto a que, en atención a la dimensión alcanzada por el problema de la delincuencia habitual y la importancia social que a la misma se está confiriendo por los ciudadanos, se hace obligado para los poderes públicos responder a esos delitos con una pena adecuada. No obstante, rechaza la enmienda 148 presentada con CIU, porque pretendía que todo hurto fuera delito, pues esto supondría un cambio radical de la configuración de estos delitos patrimoniales.” (La reforma del Código Penal en materia de reinteracción delictiva, 2015, págs. 349-351)

En cuanto a lo referido se observa, la determinación de la pena que se vincula al rechazo social de la conducta, y por ellos también a factores que son ajenos a la ofensa en cuando al bien jurídico protegido, así como también a la culpabilidad del autor, motivo por el cual nos recuerda al funcionalismo de Jakobs indicando que la pena será acorde a la demanda punitiva de la sociedad, siendo la misma un parámetro determinante en cuando a la medida necesaria para poder confirmar la norma y asimismo garantizar su observancia,

sosteniendo los costes del infractor, motivo por el cual dicha pena indicara una supuesta instrumentalización del sujeto y una vulneración de sus derechos. Sin embargo, en la medida que el Tribunal Constitucional ha reservado el juicio en cuanto a la proporcionalidad a la competencia del legislador, no pudiendo estimar desproporcionada una sanción, caso contrario cuando concurra un desequilibrio que sea patente y excesivo o tal vez irrazonable en cuanto a la sanción y la finalidad de la norma según las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles, indicando ROIG TORRES que:

“Esto explica que, pese a ser público ese fin de aplacar la irritación de los ciudadanos por ciertas conductas, la agravación extraordinaria de la pena prevista en el artículo 66.1.5° CP se mantenga en la actualidad, conviviendo con los principios constitucionales (culpabilidad, proporcionalidad, etc.). De todas formas, es significativo que el plano doctrinal se venga instando de forma unánime su supresión, por considerarla contraria a esas garantías. Como hemos visto, también los autores del actual Anteproyecto manifiestan esta opinión, pero en este caso de un modo artificioso ya que aducen la infracción de esos principios esenciales como argumento para adoptar una medida todavía más restrictiva de la libertad del condenado, como es la custodia de seguridad.” (La reforma del Código Penal en materia de reinteracción delictiva, 2015, pág. 352)

2.8.1.6.1.2 Una mirada a la agravante de reincidencia

A) Fundamento de la agravación

Con respecto a lo indicado, la legitimidad para poder elevar una pena en cuando a la atención a condenas anteriores, dieron lugar a diferentes opiniones en cuando a la agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP, siendo así que MIR PUIG afirma que:

“La reincidencia denota en el sujeto una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que aquel no tuvo ocasión de apreciar no solo en su formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, sino sobre si mismo, en carne propia, y en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera la nueva infracción.” (Derecho Penal. Parte general, 2011, pág. 641)

Con respecto a lo antes indicado, podemos entender que el injusto va a radicar en cuanto a la ofensa del bien jurídico protegido, descartando esa mayor lesividad, asimismo teniendo en cuenta que dicha responsabilidad se ha de amoldar al hecho concreto, debido a que sancionar delitos que se han cometido anteriormente y han sido castigados, o características del sujeto, esta iría en contra de

los principios penales elementales como sería el de la culpabilidad o el de non bis in idem.

Sin embargo, en ese sentido CEREZO MIR, indica que:

“El sujeto actúa no solo con un conocimiento seguro de la antijuricidad, sino incluso de la punibilidad de la conducta. Estos factores superan generalmente, con creces, la menor inhibición del sujeto que ya ha delinquirido a hacerlo de nuevo. La exigibilidad de la obediencia al Derecho es, además, en estos supuestos, mayor. En el sujeto se apreciará, asimismo, generalmente, una actitud de rebeldía frente a las exigencias del ordenamiento jurídico, es decir una disposición de ánimo o talante hostil al Derecho” (Curso de Derecho penal español. Parte General. III. Teoría jurídica del delito , 2005, págs. 168-169)

Por lo que con lo antes referido líneas arriba estamos acorde en cuando a la responsabilidad por el hecho, desde el momento en que se mide la consecuencia atendiendo así a las condenas anteriores, indicando además de ello los fines de la prevención especial y/o general y también la necesidad de una pena mayor en cuando a la insuficiencia de la aplicada, siendo así que ROIG TORRES indica al respecto que:

“Por otra parte, se han buscado motivos político-criminales, puesto que ningún país, se argumenta, esta es condiciones

sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aun a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad. El valor simbólico social de la agravación de cualquier otra consideración. Mas, desde el momento en que admite la ineficacia de la agravante, se ve seriamente comprometido el principio de proporcionalidad. En esa línea, se ha mencionado la alarma social provocada por la delincuencia reiterada, incrementándose la pena para intimidar a los ciudadanos y tranquilizar a la sociedad, con miras a la prevención general, negativa y positiva. Motivación que compartía, como hemos visto, la LO 11/2003, manifestando sus artífices el propósito de dar respuesta a la indignación social ante la delincuencia profesionalizada. Frente a estos razonamientos advertíamos del riesgo que suponen para las garantías del Derecho penal” (La reforma del Código Penal en materia de reinteración delictiva, 2015, pág. 354)

Sobre esta cuestión, podemos inferir que la razón que incita la agravante es la mayor probabilidad de la comisión futura de acciones delictivas que van a atribuir a quien ha cometido hechos semejantes, junto con los objetivo de la prevención especial, procurando con ello a

través de una mayor penalidad, reducir y a su vez evitar la repetición del delito, dichas ideas fueron las que motivaron a la Comisión que redactó el Código Penal de 1822 a integrar la agravante de la reincidencia, donde se afirmaba la incorregibilidad, perversidad y mala inclinación que muestran los reincidentes, siendo así que, la reincidencia revelaría un determinado carácter en el agente delictivo, que va a permitir pronosticar su conducta futura y también la medida en que muestra una especial inclinación al delito, considerándose necesario aumentar la protección a la sociedad a través de una pena que sea mas duradera, de forma que el aumento de la sanción no respondería a una mayor gravedad del hechos, por lo que rebasaría el límite de la culpabilidad.

B) El reflejo de la doctrina del Tribunal Constitucional en la agravante cualificada

Algunas opiniones de las manifestaciones indicadas por el Tribunal en cuando a la reincidencia se han estimado relevantes, cuando se juzga el artículo 66.1.5° CP, en cuanto a la medida en que podrían leerse, como un argumento deslegitimador del poder excepcional de dicha circunstancia, por lo que en este punto lo que infiere es la proclamación del principio de culpabilidad, tan solo por el hecho de la agravante de la reincidencia dentro del marco legal, según indica el Tribunal Constitucional, sobre la cuestión es en si al posibilitarse la imposición de dicha pena que

supera la plasmada por la ley para cada delito en concreto, en cuando a las condenas anteriores, vulnerándose el principio de culpabilidad, indicando asimismo el legislador que la pena dada a la gravedad del hecho en cuanto a la figura delictiva, disponiendo así la imposición en su mitad superior cuando concorra reincidencia, dado que dicha agravación se debería al incremento de la lesividad causada por el infractor, como dice el Tribunal Constitucional, dichos elementos se refieren al hechos concreto, apuntando a nuestro modo de ver, respondiendo a la peligrosidad del sujeto, en cualquier caso, indica el Tribunal que en cuanto la pena se mantendrá dentro de los márgenes establecidos por el legislador para el delito infringido, por lo que dicha sanción no podrá considerarse desproporcionada, motivo por el cual ROIG TORRES expone que:

“Para superar ese límite habrían de concurrir razones que aumenten la lesividad de la conducta, o la culpabilidad del autor, cosa que no sucede por el dato de contar con condenas anteriores firmes, si la responsabilidad se determina atendiendo exclusivamente al hecho realizado, prescindiendo de la personalidad del condenado⁷⁶. Si esto es así, la regla del artículo 66.1.5° CP respondería a otras causas, relacionadas con la peligrosidad, la

prevención especial, etc. A nuestro juicio, el legislador introdujo esta fórmula pensando en sujetos que por su trayectoria delictiva, se consideran especialmente peligrosos y preocupan a los ciudadanos, con la idea de proporcionar la seguridad demandada, pero incurrió en el riesgo que advertíamos en esa política criminal, de posible violación de garantías penales esenciales, sacrificando el límite infranqueable de la culpabilidad⁷⁷. Los elementos de juicio que se adicionan en el artículo 66.1.5° CP con respecto a la llamada multirreincidencia del derogado artículo 10.15, en concreto, las condenas precedentes y la gravedad del nuevo delito cometido, no conllevan la adecuación al principio de responsabilidad por el hecho que invocaba el legislador de 2003. Como hemos visto, esta opinión se mantiene en el actual Anteproyecto y algunos autores sugieren, incluso, la posibilidad de plantear una nueva cuestión de inconstitucionalidad.” (La reforma del Código Penal en materia de reinteración delictiva, 2015, págs. 361-362)

Indicando además que:

“Algunos Tribunales se han pronunciado en este sentido. Así, respecto a la agravante del artículo 66.1.5° CP se ha señalado que “pese a lo que se afirma

en la Exposición de Motivos de la Ley, es una circunstancia de agravación incompatible con el principio de responsabilidad por el hecho, así como supone la valoración de unos hechos, los objetos de condenas anteriores, de nuevo y en clara conculcación, por exasperación indiscriminada, del principio penal «non bis in idem». En esta línea, se ha descartado la posibilidad de aplicar la cualificación atendiendo a las condenas anteriores, “pues tenerlo en cuenta para elevar la pena sería un bis in idem improcedente (la multirreincidencia es ya el dato que ha conllevado la imposición de las penas en el grado superior). E, igualmente, se ha manifestado que “si ya la agravación ordinaria de reincidencia genera dificultades para su conciliación con el principio de culpabilidad por el hecho, al tener en cuenta nuevamente condenas anteriores sin referencia concreta al nuevo delito cometido, la de multirreincidencia conduce a reflexiones en las que la compatibilidad con dicho principio queda definitivamente arrinconada.” (La reforma del Código Penal en materia de reinteración delictiva, 2015, págs. 362-363)

A este aspecto cabe indicar que , en cuanto al fundamento de la circunstancia tipificada en el artículo 66.1.5° CP indica efectivamente que, en

cuanto a los motivos distintivos a la máxima gravedad del injusto penal cometido o de la culpabilidad del agente, al igual con respecto a la reincidencia, siendo así que la reiteración de los delitos de la misma naturaleza va a denotar una mayor peligrosidad del sujeto, por ende el aumento de las probabilidades de la comisión de hechos delictivos en el futuro, por lo que van a permitir insertar una pena más grave. Indicando además ROIG TORRES que:

“Tanto la aplicación facultativa de la reincidencia ordinaria, como la supresión de la agravante cualificada del artículo 66.1.5° CP, nos merece un juicio favorable. En cambio, como vamos a ver, la regulación de la custodia de seguridad, como nueva medida para tratar a algunos de esos delincuentes peligrosos por su recaída en el delito, supone un retroceso desde la óptica de las garantías constitucionales, en esencia porque no sustituye a la prisión, sino que se le añade, de forma que se suman dos sanciones de privación de libertad, soslayando el régimen vicarial actual.” (La reforma del Código Penal en materia de reincidencia delictiva, 2015, pág. 366)

CAPÍTULO III RESULTADO Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS

3.1. Resultados del Estudio

Como describimos en las líneas anteriores, el tema de la reincidencia es sin duda uno de los aspectos de mayor problemática tanto a nivel doctrinal, legal como jurisprudencial; puesto que, su interpretación resulta ser tan amplia y ambigua, que queda mucho por comentar, pero tan poco para ser precisos en relación a este tema.

Ahora bien, dicha problemática no solamente se evidencia en los fueros académicos, sino que se evidencia como parte de la política criminal de los Estados, puesto que el tema de la reincidencia constituye *per se* un cuestionamiento a uno de los principios constitucionales de la función jurisdiccional, como es lo consagrado por el numeral 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que promueve la **rehabilitación, reeducación y reincorporación** del sentenciado a la sociedad.

Al parecer dicho precepto, determinaba que es una responsabilidad del Estado buscar la rehabilitación del que viene cumpliendo una pena privativa de la libertad, y volverlo a una sociedad. Aparentemente, dicha concepción es percibida como utópica, al elevarse cada vez más el índice de reincidencia delictual.

Ahora, frente a la situación reincidencia, algunos aplicaron la decisión de sancionar doblemente a la persona que vuelve a cometer nuevo delito pese a recibir un tratamiento; puesto que, existe una negación de este ciudadano, al vulnerar los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal; que ciertamente, son los más protegidos por la sociedad, puesto que, sin ellas, descompondría o simplemente la sociedad desaparecería.

Por ello, aparece en dentro de nuestra sociedad esos sujetos que representan fuentes de peligro (CRIMINALIZACIÓN EN EL ESTADIO PREVIO A LA LESIÓN DE UN BIEN JURÍDICO, 1985, pág. 22); es decir, que la actuación del Derecho Penal debe ser más rígida contra aquellas personas que son fuente de peligro, o también denominadas, enemigas de bienes jurídicos. Por ello, el Estado mediante su política criminal, creemos que, como debe fortalecer sus medidas de prevención para delitos, también

debe sancionar de manera drástica a la persona que vuelve a cometer delitos pese a recibir una oportunidad por parte de la sociedad.

Por ello, frente a esas personas que vuelven a delinquir, las sanciones deben ser más drásticas, para que se ponga relieve a lo que denominamos “*prevención general*”, donde la pena no solamente debe perseguir la rehabilitación, sino mandar un mensaje a la sociedad para evitar nuevamente la comisión de hechos delictivos. Creemos que, no se puede dar tregua a la delincuencia, pero tampoco, se debe generar una situación de sobre criminalización, es decir, llegar al punto correcto que no existe una sensación de impunidad, pero tampoco una sensación de salvajismo por parte de la legislación penal.

Es así, que nosotros nos enfocamos a un tema tan polémico como es la reincidencia, partiendo netamente de un análisis de lo establecido por el Código Penal Peruano en su artículo 46-B, donde creemos que al igual que su inicial incorporación, existe una deficiencia técnica legislativa, lo cual no ha generado en nuestra sociedad, esa sensación de seguridad jurídica que debe existir al momento de administrar justicia.

Ahora, creemos que el punto de partida de nuestra investigación, fue la falta de técnica legislativa para determinar las condiciones para que una persona procesada, sea considerada como reincidente. Puesto que, algunos puntos de la reincidencia contemplada en el artículo 46-B del Código adjetivo, ha quedado claro que dicho instituto es una circunstancia agravante calificada de la pena, es decir, ha pasado a constituirse en una circunstancia calificada especial de incremento significativo de pena (al igual que la habitualidad) por fuera de los delimitadores punitivos del artículo 45; esto es, sin mención a la culpabilidad del agente ni referencia alguna al injusto personal, rompiendo los diques del juego del mínimo y máximo del tipo penal especial, para poseer una desbordante penalidad propia que se suma al máximo de la registrada en el tipo delictivo.

En nuestra legislación, recordemos que, en la exposición de motivos del Código Penal, la Comisión Revisora estableció que los institutos penales de reincidencia y habitualidad, no deberían ser conservados en nuestro

ordenamiento jurídico penal, puesto que son formas aberrantes de castigar con severidad en el modo de vida de un individuo. Aquí, algo interesante resaltar es que la comisión revisora, establece que castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores -sea por reincidencia o habitualidad- conlleva a la violación del *principio bis non ídem* (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), empero dicha posición fue correctamente analizada por el del Tribunal Constitucional en el Expediente N°0014-2006-PE/TC del fundamento 19 al 24, quedo desestimada, bajo los siguientes fundamentos:

- *La reincidencia no atenta contra el principio ne bis in ídem, como se verifica en el Expediente N.º 2050-2002-AA/TC (fundamento 2), puesto que dicho ostenta una doble configuración: una de carácter material y otra de carácter sustantivo. La primera de ellas alude a la proscripción de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones respecto a un mismo hecho o conducta sancionable; mientras que la segunda alude a la prohibición de que se una persona sea objeto de dos procesos distintos respecto a un mismo hecho. Siendo que la reincidencia prevé la posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, corresponde centrar la atención en la primera configuración del principio materia de este apartado; esto es, la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.*

Dicha decisión mostrada por el Tribunal Constitucional Peruano, que ampliamente fue cuestionada por parte de la doctrina, menciona que, al momento de incorporar dichos institutos jurídicos, no vulneraban el principio constitucional de *ne bis in ídem*; puesto que, en el aspecto material de dicho principio, no se ha sancionado dos veces un mismo hecho. Situación que

ciertamente compartimos, puesto que creemos que la reincidencia, al ser una agravante cualificada no constituye sancionar a una persona por los hechos anteriores, simplemente es una agravación de su conducta delictual reiterada.

Ahora, el Tribunal Constitucional por estar dentro de sus facultades, solo analiza si dicho instituto jurídico se encuentra conforme con la Constitución y las Leyes, es por ello que, ahora resulta analizar la nomenclatura jurídica contemplada en el artículo 46-B de dicho cuerpo normativo resulta ser clara, precisa y cierta –elementos necesarios de una ley-, en consecuencia, resulta necesario realizar una interpretación conforme a los principios básicos que rige el Derecho Penal, como es el principio de legalidad.

Ahora, resulta necesario recordar que la redacción inicial del artículo 46-B del Código Penal Peruano, al reincorporarse de nuevo de reincidencia, tuvo la siguiente nomenclatura jurídica:

“El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad (...)”

Dicha redacción inicial, llevó a un sinnúmero de problemas interpretativos sobre la condición para que una persona sea establecida como reincidente. Hecho que motivo el **Acuerdo Plenario 1-2008** donde se determinó, que la ley penal sobre reincidencia no estaba bien establecida; por ende, era necesaria realizar una debida interpretación.

Por ello, dentro de ese Acuerdo Plenario denominado: *“Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena”* llevada por los Jueces Supremos en lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanentes, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia, determinaron los aspectos generales de dichas instituciones, como, por ejemplo:

-Establecieron en su fundamento 12, que será considerado reincidente, cuando después de haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de la libertad con carácter efectiva, además agrega en dicho fundamento que no está comprendido el cumplimiento total o parcial de una de otra clase de pena contemplada en el artículo 28 del Código Penal Peruano.

Empero presuntamente terminada dicha discusión, el legislador nuevamente modifica el artículo 46- B del Código Penal, entre ellas la publicada mediante la Disposición del Decreto Legislativo N° 1181 del 27 de junio del 2015, donde se evidencia la necesidad de evaluar nuevamente el texto normativo, pues el texto trae consigo el término:

“El que, después de **haber cumplido en todo o parte una pena**, incurrir en nuevo delito doloso en un lapso” (negrita nuestra)

En consecuencia, a partir de dicha nomenclatura, surgió un cuestionamiento para determinar los alcances de dicha norma, puesto que, parece que dicho precepto normativo habría modificado los alcances del Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116; por ende, la necesidad de determinar los alcances históricos, teleológicos y sistemáticos de la reincidencia.

Por último, debemos establecer que existe la imperiosa necesidad de unificar las diferentes concepciones, tanto a nivel doctrinal, jurisprudencial y legislativo, para poder establecer un verdadero sentido de la norma, que se congruente con nuestro ordenamiento penal e internacional, para así generar seguridad jurídica en todos los ciudadanos.

3.2. Análisis De Los Hallazgos A Nivel Legal.

3.2.1. LA REINCIDENCIA EN ESPAÑA.

a) CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1822.

Un análisis histórico de la reincidencia, nos parece necesario realizarse desde la legislación española. Puesto que, dicho instituto jurídico fue regulada por primera vez en su Código Penal Español de 1822. Donde se puede desprender que dicha nomenclatura tuvo dos modalidades:

i) En primer lugar, la reincidencia propiamente dicha contemplada en el artículo 116 del mencionada Código, prescribía:

“Los que hayan sido condenados judicialmente por alguna culpa o delito de los que no tengan señalada por la ley pena corporal ni infamatoria, ni inhabilitación perpetua para obtener empleos o cargos públicos, incurrirán en reincidencia cuando dentro de los dos años siguientes al día en que hubieren cumplido su condena, ú obtenido indulto particular por aquella culpa o delito, cometan otra u otro que esté comprendido en el mismo título de este código que el primer delito o la primera culpa”.

Esta clase de reincidencia, se debe establecer que la primera condición para ser considerado reincidente, era que, a este procesado, se le haya impuesto una sentencia judicial firme y además, se exigía que el nuevo delito o por culpa, sea del mismo título.

Por último, dicho Código indica que la reincidencia era computada desde los dos años siguientes al cumplimiento de su condena.

ii) En segundo lugar, la reiteración de delitos contemplado en el artículo 121 del Código Penal Español, que contemplaba lo siguiente:

“El que habiendo sido condenado judicialmente por algún delito ó culpa, cometa otro u otra, por diferente que sea, dentro de los términos respectivamente expresados en los artículos 116, 117 y 118, tendrá contra sí por esta razón una circunstancia agravante del segundo delito”.

Ahora, el Código de 1822 español, regulaba de forma particular, el tema de la reincidencia, al contemplar que aquella persona que vuelva a cometer nuevo delito que no esté contemplado en su mismo título, sería sancionado como una circunstancia agravante del segundo delito, a diferencia de la reincidencia propiamente dicha que podría establecer muchas veces la duplicidad de la pena o simplemente cuadriplicarla.

En consecuencia, podemos describir que, desde el primer Código Penal Español, la reincidencia siempre tuvo como efecto el endurecimiento de las penas. Por ello, aquella persona que nuevamente cometía un delito, estaba proclive a una mayor tendencia de cometer nuevos delitos, es decir, la necesidad de endurecimiento de su pena para poder alejarlo cada vez más de la sociedad.

B) EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848 Y 1850.

Ahora, un segundo momento se establece con la incorporación del Código Penal Español de 1848, donde podemos describir que se emite variantes respecto a la condición de reincidente, donde en su numeral 18 del artículo describe:

“Ser reincidente de un delito de una misma especie”

Es decir que, que dicha nomenclatura jurídica dejaba de lado lo establecido por el anterior Código y dejaba en claro que la reincidencia solo era aplicable en un delito de la misma especie. Ahora, era claro que dicha normatividad no contemplaba la duplicidad o la cuadro duplicidad del anterior cuerpo normativo, sus efectos solo eran considerados como una agravante de la pena genérica.

Por último, debemos de ser enfáticos que dicha norma establecida por el Código Penal Español de 1848 resultaba ser tan genérica, que no determinaba **el plazo para ser considerado reincidente**, es decir, nunca existió el tiempo que debe pasar entre el primer delito y segundo para que un procesado sea considerado como reincidente.

C) EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1870.

El 17 de junio de 1870 el gobierno español puso en vigencia su nuevo Código Penal, para que este cuerpo normativo este en concordancia con lo establecido por la Constitución Española de 1869.

Es así, que la regulación sobre la reincidencia, se encontraba regulada en el capítulo IV denominado “De las circunstancias que agravan la responsabilidad penal”, en específico por el numeral 18 del artículo 10 de dicho cuerpo normativo, prescribía sobre la reincidencia:

“18ª ser reincidente.

Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este Código”.

Cuando se habla de este tipo de reincidencia, establecía que solo podría ser reincidente el que comete un nuevo delito que esté comprendido en el mismo título, es decir, de la misma naturaleza. Por ejemplo: Si una persona cometía el delito de robo agravado, pero luego cometía el delito de Violación contra la libertad sexual, este no sería considerado como reincidente.

Aquí resulta ser más preciso la regulación sobre la reincidencia en España a diferencia del 1848; sin embargo, carecía de precisiones, puesto que solo era una agravante de la pena, que su incremento de pena quedaba en criterio del Tribunal de Justicia como lo establecía su artículo numeral 17ª del artículo 10 de dicho cuerpo normativo. Tampoco se hablaba del periodo de la nueva comisión del hecho delictivo; es decir, recién estaba en desarrollo dicho instituto jurídico en el España.

D) EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1928.

Algunos de los Código Penales han sido redactados no solo para actualizar las sanciones penales, sino que otros han utilizado las sanciones penales para poder perpetrarse en el poder a través de sanciones a sus opositores. Por ello, muchos militares como en el Perú o en España han creado sus códigos solo para obedecer sus apetitos personales.

Es así, que en 1928 en la dictadura de Primo de Rivera entra en vigencia el Código Penal Español de dicho año; sin embargo, tuvo una corte vigencia de solo 4 años, aunque tuvo muchos detractores en su publicación y en su aplicación.

E) EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1932.

Cuando los gobiernos militares caen en su afán de perpetrarse en el poder. Es así, que después de culminada sus dictaduras y

en el restablecimiento de la democracia como es el Perú y España, se debe evaluar los sucesos de los gobiernos defactos y analizar las acciones políticas, sociales y normativas realizadas por el gobierno saliente.

Por ello, cuando el gobierno provisional una de sus acciones inmediatas fue derogar la constitución militar de 1928 devolviendo la publicación y el texto de 1870.

F) EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1944.

Podríamos determinar como un Código Penal producto de una guerra civil. Es decir, que su incorporación en la legislación española se debió a un Derecho Penal autoritario. Decimos lo anterior, por cuanto se estableció en dicho código la pena de muerte, se incrementaron las penas y donde hubo un afán de protección para el Estado.

3.2.2. SOBRE LA REINCIDENCIA EN EL PERÚ.

Cabe señalar, que en la presente investigación se ha desarrollado la historia legislativa de la reincidencia a través del punto 6 de la presente tesis, todo sobre la reincidencia en el Perú. Ahora, para la muestra es necesario analizar sus diferentes modificatorias desde el Código Penal Peruano de 1991, donde hemos desarrollado que en la presente investigación que su redacción actual de dicho código, no contemplaba esa figura, descartando a la reincidencia, como una figura no aplicable para el Derecho Penal de acto, que propugnaba la intensión de dicho código moderno para su época.

Es así, que luego de diferentes críticas y el avance de la criminalidad en el Perú, el Estado se había visto en la necesidad de incorporar en el Código Penal Peruano la figura de la

reincidencia. Es así, que mediante Ley N° 28726 promulgada en el 2006, tuvo como fundamento nuevamente la incorporación de la reincidencia en la legislación penal; sin embargo, creemos que es oportuno señalar, que dicha fuente normativa no resulta ser la más antigua pues se tiene que en 1992, a menos de un año de la incorporación de la vigencia del Código Penal de 1991, se publica el Decreto Ley N° 25475 denominada “*Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio*”; donde claramente en dicho precepto se incorpora nuevamente en la legislación peruana, el tema de la reincidencia, pero solo para los delitos de Terrorismo conforme se tiene del artículo 9 del Decreto Ley, que prescribe:

“Artículo 9.- Reincidencia.

Los reincidentes, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de treinta años. Para efectos del presente Decreto Ley contra el terrorismo, se considera reincidente al delincuente que habiendo sufrido pena privativa de libertad, impuesta por sentencia nacional o extranjera, incurra en la comisión de un nuevo delito antes de transcurrir diez años de la condena precedente”.

En consecuencia, dicho precepto normativo, que no fue motivo de cuestionamiento por parte de ninguna autoridad pública o la dogmática, acepto mediante una ley especial, que se vuelva a contemplar la figura de la reincidencia en la legislación peruana. Donde, claramente se determinaba como reincidente a la persona nacional o extranjera, que cometa nuevo delito doloso después de cumplir una pena privativa de la libertad, dicho que dicho precepto sigue vigente hasta hoy.

Ahora, en mayo del 2006 mediante el proyecto de ley N° 14217/2005-CR planteado por Townsend Diez Canseco Ana Elena, motivado en los siguientes fundamentos:

“En la actualidad, nuestro Código Penal tipifica varios delitos, estableciendo una pena para cada uno de ellas, sin embargo, la persona que cometió el mismo delito por segunda no será sancionado con una pena mayor al que cometió dicho delito por primera vez.

Lo señalado en el párrafo anterior, no contribuye al fin rehabilitadora de la pena, pues la idea de dicha rehabilitación es que el condenado se resocialice y no vuelva a cometer dicho delito, por dicha razón la reincidencia debe ser considerada como una agravante de la pena como sucede en otros sistemas penales (...)” (Congreso de la República, 2018, pág. 2)

Dicha exposición de motivos, más que motivar la reincidencia, indicaba que la reincidencia tiene fundamento en la idea de resocialización, puesto que, al endurecer la pena, no volverá a cometer nuevos delitos. Es decir, el planteamiento por la congresista se fundamentaba en la teoría de la pena, en la prevención especial negativa de la pena, donde se pretende contener al delincuente, para que no pueda cometer nuevos delitos. Dicho proyecto tuvo la siguiente redacción:

“Artículo 1.- Modifíquese el artículo 46-A del Código Penal redactado de la siguiente manera:

Artículo 46-A:

La reincidencia también constituye una circunstancia agravante. Hay reincidencia cuando, la persona que fue sentenciado por el delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza:

En estos casos, el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido (...)

Dicha redacción fue semejante al inciso 8 del artículo 22 del Código Penal Español de 1995; que contemplaba de manera igual el instituto jurídico de la reincidencia. Por ello, se trató incorporar al Código Penal Peruano de 1991, la figura que estaba contemplada Decreto Ley N° 25475 que volvió a la reincidencia como una agravante genérica de la pena, que luego de varios debates, se estableció mediante la ley N° 28726, teniendo el texto normativo siguiente:

"Artículo 46°-B.- Reincidencia

*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. (negrita nuestra)***

*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.***

Nótese que el texto inicial de la reincidencia y habitualidad, determinaba como reincidencia aquel: *"El que, después de haber cumplido en **todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso"***

Dicha concepción, evidenciaba que la reincidencia estaba destinada a incrementar el supuesto de hecho, cuando el sujeto activo del delito comete nuevo delito doloso cuando haya cumplido una pena privativa de la libertad, siendo la primera clase de pena contemplada en el artículo 28 del Código Penal.

Aunado a ello, se debe precisar que el texto incorporado sobre la reincidencia, no involucraba a las demás clases de penas, como son: Restrictiva de la libertad, limitativas de derecho y multa, además el transcurso del tiempo no estaba fijado en la ley, que era un defecto grave del proyecto de ley, empero se

desprendía que, si el condenado cancelaba sus antecedentes penales, ya no podía ser considerado como reincidencia.

Sin embargo, luego de constantes discusiones doctrinales y políticas, culminadas con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el actual texto normativo vigente tras la publicación del artículo modificado por la única Disposición del Decreto Legislativo N° 1181 del 27 de junio del 2015, indica sobre la 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”.

Nótese que el texto normativo actual contiene las siguientes características en para determinar a una persona como reincidente: i. Qué haya o esté cumpliendo cualquier tipo de pena, ya sea pena privativa de la libertad (efectiva o suspendida), restrictiva de la libertad, limitativas de derecho y multa. ii. En periodo se tiene por un periodo de cinco años.

3.3. Análisis De La Reincidencia A Nivel Jurisprudencial.

3.3.1. Jurisprudencia De La Reincidencia A Través De Los Acuerdos Plenarios.

Preliminarmente, debemos de indicar que los Acuerdos Plenarios realizados por la Corte Suprema de Justicia, sirven para generar espacios de análisis y debate, es su vertiente teórica y práctica, para unificar los diferentes criterios nacionales sobre una institución. Para ello, se reúnen los vocales de la Corte Suprema de Justicia, conjuntamente con especialistas en los temas a analizar, para poder sacar conclusiones que generen

una corriente de interpretación y aplicación, para no generar inseguridad jurídica en la población.

Por ello, desde el 2005 la Corte Suprema de Justicia de la República ha comenzado a elaborar y difundir acuerdos plenarios de eficacia vinculante, los cuales abordan problemáticas jurídicas nacionales. Siendo así, es que nace el Acuerdo Plenario sobre la reincidencia y habitualidad, aunque para su época fue una revolución doctrinal, al establecer supuestos no establecidos por la ley, bajo los principios de idoneidad y necesidad.

Ahora bien, se debe establecer Acuerdo Plenario N° 1-2008 – reincidencia, habitualidad y determinación de la pena-, se dio con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0014-2006-PE/TC del 19 de enero del 2007, que declaro constitucional las reformas legales introducidas por las leyes número 28726 y 28730. Es así, que era necesario generar una línea de interpretación, para determinar cuáles son los supuestos del procesado para que sea considerado como reincidente, puesto que el texto de la ley N° 28726, prescribía:

*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. (negrita nuestra)***

Por ello, Acuerdo Plenario Acuerdo Plenario N° 1-2008 – reincidencia, habitualidad y determinación de la pena- analiza en su fundamento 10)

“la deficiente técnica legislativa que se detecta en la redacción de los supuestos de reincidencia y habitualidad definidos por los artículos 46-A y 46-B del Código Penal, por ello recurren a un criterio de interpretación de la ley penal que toman en cuenta la

finalidad del legislador, los antecedentes legislativos nacionales y extranjeros de la materia, así como la función dogmática y político criminal de las normas examinadas, hecho que hemos tratado de alcanzar a la presente investigación”.

Nótese, que en primer término el Acuerdo Plenario cuestiona el déficit de la técnica legislativa en la redacción del artículo 46-A y 46 B del Código Penal, siendo que la Corte Suprema recurre no solamente a la interpretación de la norma desde su texto literal, sino una interpretación íntegra desde la legislación comparada y la exposición de motivos de dicha ley.

Es así, que el Acuerdo Plenario determina a la reincidencia y habitualidad, como circunstancias cualificadas de agravación, donde deben aplicarse tomando en cuenta su función represiva diferenciada, por ende, la construcción normativa y de efectividad punitiva deben hacerse con los preceptos generales del Código Penal, la Constitución y los Tratados internacionales. Además, otro aspecto importante del Acuerdo Plenario, establecer a la reincidencia es una institución tan polémica, que la finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones retributivas, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Es decir, que la exposición de motivos del Acuerdo Plenario, es contraria con la exposición de motivos del proyecto de Ley que incorpora a la reincidencia en el Código Penal, puesto que indica que la incorporación de la reincidencia tiene fundamento en la rehabilitación, mientras el acuerdo Plenario indica que sus razones, son meramente retributivas.

Nosotros, consideramos que la teoría de la pena aplicable al presente caso, es la teoría de la prevención especial negativa de la pena, donde se busca la paralización y control del penado. Ahora, no consideramos como retributiva, puesto que volvería a la teoría peruana, las penas indeterminadas, hecho que no

ocurre en la legislación peruana al existir la denominada “determinación judicial de la pena”.

Ciertamente al discrepar en un punto con el Acuerdo Plenario, pero lo que nos llamó poderosamente la atención fue su fundamento 12), el cual contempló los siguientes requisitos para ser considerado como reincidente:

- a) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de la libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de la libertad de carácter efectiva.
- b) Los delitos –se excluyen las faltas- antecedente y posterior han de ser dolosas. El delito posterior debe cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de la libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva.
- c) No hace falta que el delito posterior esté en el mismo título del código, o mejor dicho, sea de la misma naturaleza, es decir, que exista identidad o similitud del tipo o la identidad del bien jurídico vulnerado; no hay un elemento relacional entre los dos delitos. Se trata por consiguiente, de una reincidencia genérica.
- d) El lapso de tiempo debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de la libertad –condición básica para el entendimiento de este último requisito se recurre a la regla del artículo 46 C del Código Penal, que precisa que los hechos punibles se han de perpetrarse “... en un lapso que no exceda los 5 años “
- e) Es una circunstancia personal e incommunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra.

Empero, nosotros podemos establecer dos requisitos especiales para determinar la reincidencia:

- i) El primero, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista un boletín de condenas y en su caso la hoja carcelaria respectiva – que establece la fecha exacta de la excarcelación; en defecto de uno o ambos documentos, ha de contar con copia certificada de la sentencia, si correspondiere de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario.
- ii) El segundo, dado que la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio ha de ser solicitada por el fiscal en la acusación. Por tanto esta no puede establecerse de oficio sin el debate procesal correspondiente, pues ello importaría, además un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 336).

3.3.1. Análisis Jurisprudencial De La Reincidencia A Través De La Corte Suprema De Justicia Del Perú.

A) Recurso De Casación N° 1459-2017/Lambayeque.

La corte Suprema de Justicia, ha establecido que una persona era considerada como reincidente cuando volvía a cometer un nuevo delito y que haya sido sentenciado anteriormente a una pena privativa de la libertad efectiva. Sin embargo, dicho último presupuesto fue variando con lo establecido por la ley N° 30076 del 19 de agosto del 2013 y que luego fue ratificado dicha modificación con el Decreto Legislativo N° 1181 donde ya no se mencionaba “condena privativa de la libertad”, siendo su actual redacción “una pena”.

Dicho Decreto Legislativo N° 1181 publicado el 27 de julio del 2015, ha determinado en específico que la reincidencia es: i) La persona que ha cumplido todo o en parte una pena, es decir, cualquier pena contemplada en el artículo 28 del Código Penal Peruano de 1991, ii) Se determina que debe ser un delito eminentemente doloso, excluyendo de reincidente a las personas que cometan un delito culposo, iii) La reincidencia constituye una circunstancia de agravante cualificada de la pena, donde el juez aumentará la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Es decir, que la Corte Suprema de Justicia ya no hace ningún problema hermético respecto a la reincidencia, al aplicarlo no solo para las personas que hayan sido sentenciadas a penas privativas de la libertad efectiva, sino que esta persona haya incumplido cualquier clase de pena contemplada en el Código Penal Peruano, estableciendo únicamente ver el registro de condenadas para verificar la sentencia anterior.

Ahora, es claro que no hace un riesgo la Corte Suprema de tratar de realizar un análisis respecto a su inconstitucional, puesto que, existe una gran crítica por parte de la doctrina a dicho decreto legislativo, porque su endurecimiento vulneraría el principio de proporcionalidad de las penas.

B) Recurso De Casación N° 30-2018/Huarua.

La Corte Suprema de Justicia, analizando un caso de habitualidad en el delito de robo agravado analiza la incorporación de la reincidencia en la legislación peruana.

En el fundamento cuarto, describe que la habitualidad y la reincidencia, constitucional dos tipos normativos dirigidos para delincuentes peligrosos. Asimismo, la Corte Suprema escribe una pequeña reflexión: “Con la independencia de la crítica que puede merecer, asume y regula e Código Penal bajo el entendido que la

persistente actividad criminosa del individuo demuestra una proclividad al delito (citando a Ferrando Mantovani)

Encontramos que los propios Jueces Supremos, tienen cuestionamiento respecto a la figura de la reincidencia conforme lo establece el Decreto Legislativo N° 1181. Siendo su actividad judicial en una mera aplicación de la ley pese a su cuestionamiento. Ahora, un importante aspecto es la reflexión que la reincidencia como la habitualidad tiene como finalidad reprimir de manera dura el comportamiento de los delincuentes peligrosos, pero nace la siguiente reflexión: ¿El hecho de cometer un delito ya te vuelve peligroso? Reflexionamos la siguiente pregunta, porque no todos los delitos te vuelven peligroso. Es decir, no se puede comparar a una persona que ha cometido el delito contra la libertad sexual – siendo un sujeto peligroso- con un delincuente que ha cometido el delito de falsificación de documentos.

Última reflexión en la presente casación, es que el Juez no puede ser más solo la boca de la ley. No puede dejar de administrar justicia respetando los principios básicos de proporcionalidad de la pena, pues el legislador al igual que cualquier persona, puede tener defectos en la incorporación de la ley, para ello es el deber del juez, en tratar de suplir esas deficiencias de una ley que resulte presuntamente vulneradora a los derechos fundamentales y a los principios básicos del Derecho Penal.

C) Recurso De Casación N° 35-2018/Sala Penal Nacional.

Un apartado para la presente investigación, es lo sucedido con los denominados Acuerdos Plenarios por parte de la Corte Suprema de Justicia. Dicha casación de fecha 21 de agosto del 2019 indica que en fundamento octavo que uno de los pilares del sistema de justicia, es la predictibilidad de las resoluciones judiciales; es decir, cada persona pueda objetivamente ver las consecuencias jurídicas de sus actos. Por ello, es el nacimiento de los Acuerdos Plenarios quienes tienen por función unificar los diferentes criterios

establecidos por los jueces, para que existe una predictibilidad en las resoluciones. Esa función es cumplida por parte de la Corte Suprema de Justicia, los cuales son lineamientos interpretativos que deberán ser aplicados por los jueces de todo el territorio nacional.

Importante es dicha normatividad, puesto que, en el caso de la reincidencia ciertamente ha existido un acuerdo plenario N° 5-2008/CJ-116 que ha establecido los requisitos fundamentales para considerar a una persona como reincidente. Sin embargo, dicha interpretación fue emitida en base al precepto legal establecido por la ley N° 28726 que ha tenido constantes modificatorias los cuales ha llevado a concebir, que reincidente será la persona que comete nuevo delito doloso, sin importar si este estuvo en prisión o no, simplemente será veraz que haya sido sentenciado, sin importar la clase de pena impuesta, el delito cometido o en su defecto el número de años de la pena.

3.4. Análisis De La Posición Doctrinal.

Debemos establecer que existen varias posiciones respecto a la reincidencia en el Perú y en el mundo; por ende, creemos que es necesario resaltar solo la interpretación desde el punto de vista de la doctrina peruana sintetizándolos en los siguientes párrafos:

- a. Raúl Peña Cabrera. - Señala que: *“la reincidencia destaca la condición personal del agente, perfil que la ley debe tomar en cuenta para los fines reeducadores de la pena”*. Es así que, lo resaltante de Peña Cabrera, es cita a Carrara, estableciendo que, al castigar más al reincidente, no se le reprocha el nuevo delito precedente; no se toma en cuenta la maldad del delincuente, no se le mortifica porque no haya sido correcto. No sucede nada de esto. La imputación queda la misma. Pero el hecho ha probado que la pena es

insuficiente en relación a la sensibilidad de ese hombre. Por lo tanto, para no realizar un acto insuficiente de defensa, es necesaria aumentarla.

Es así, que Carrara trata a reincidencia como un factor por el cual, no se debe volver a juzgar el delito anteriormente cometido, sino que se fundamenta en que la persona o agente no, por así decirlo, habría aprendido la lección.

Cabe recordar que dicho autor analiza a la reincidencia desde los aspectos fundamentales establecido por el Código Penal de 1924, donde el reincidente era considerado solamente aquella persona que haya sido privada de su libertad y que cometa nuevo delito doloso de la misma naturaleza del anterior. Cabe señalar, que el maestro indicaba que la reincidencia no vulneraba ningún precepto constitucional y que su aplicación, se debe al incumplimiento de este a la pena más grave que se puede dar a una persona, que es privarla de su libertad.

- b. Fidel Rojas Vargas.- El maestro especialista en Derecho Penal, reconoce que la reincidencia nace como una manera de hacer frente a los altos índices de comisión delictiva; sin embargo, manifiesta su desacuerdo por considerarla sobrepunitiva o excesiva, al indicar que:

La reincidencia al igual que la habitualidad supone la respuesta extrema y defensiva de la política criminal peruana ante una realidad postdelictiva y delictiva inmanejable bajo estándares tradicionales (prevención, resocialización, sucedáneos penales, etc.). De ser una tímida circunstancia de agravación ingresada el año 2006 al Código penal, sobre cuya legitimidad constitucional y aplicabilidad práctica se discutió con énfasis en los predios judiciales y académicos, la reincidencia ha pasado a

constituirse en la medida político criminal ad hoc más invocada en los centros de producción legislativa y sobre la que más expectativas se tiene -en el marco de una prevención negativa intensificada- en los núcleos de diseño penal a fin de controlar la incesante ola de delincuencia que asola el territorio nacional (Código Penal Parte General, Comentarios y Jurisprudencia. , 2016, pág. 762).

Es decir, que la respuesta que tiene el maestro de la Universidad Católica del Perú, indica que la reincidencia tiene su fundamento en la aplicación de la teoría general negativa de la pena –mensaje intimidatorio a la sociedad- para ello, el Estado Peruano ha recurrido al endurecimiento de dicha figura para una mayor represión a los delincuentes que han cometido nuevo delito doloso.

- c. Percy García Caverro. - Especialista en Derecho Penal, quien tiene un libro denominado: Derecho Penal- Parte General, habla de distintos institutos jurídicos como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, empero en la obra consultada no establece ninguna posición respecto a la reincidencia, limitándose a su descripción y desarrollo conforme a lo establecido por el artículo 46-B del Código Penal.

Es decir, que simplemente hace una descripción de la nomenclatura jurídica de la reincidencia. Claro que libro analizó en base al precepto anterior ley Nª 28726 el cual como antes hemos mencionado, ya se encontraba correctamente analizado por parte de la Corte Suprema de Justicia a través de sus Acuerdos Plenarios.

- d. José Hurtado Pozo y Víctor Prado Saldarriaga.- Los maestros, tienen una posición claramente en contra de la figura de la reincorporación de la reincidencia en nuestro ordenamiento penal peruano, toda vez que:

“No son pocas las reformas hechas a la legislación penal nacional que aportan más problemas que soluciones. Un ejemplo de esta deficiencia político criminal es la reincorporación de las agravantes de la reincidencia y habitualidad, mediante la ley Nro. 28726, del 09 de mayo del 2006 que introdujo los artículos 46 – B y 46 – C. La imperfección legislativa se manifiesta en las sucesivas modificatorias realizadas a estas disposiciones (Ley Nro. 29407, del 18 de setiembre del 2009; ley Nro. 29570, del 25 de agosto del 2010; y ley Nro. 29604 del 22 de octubre del 2010)” (Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 2011, pág. 765).

Su crítica se basa en la confusión existente en la redacción de la norma que incorporo nuevamente al instituto jurídico de la reincidencia, la cual incluso ha sido objeto de un Acuerdo Plenario aclaratorio, como desarrolló anteriormente.

De recordar, que el instituto jurídico de la reincidencia no solamente ha tenido serios cuestionamientos a nivel doctrinal, sino en el sentido de su aplicación en el sentido práctico. Los juzgados han tenido una serie de complicaciones para determinar a una persona como reincidente. Ahora, si la actual redacción del Decreto Legislativo N^o 1181 parecía que los autores solo se han limitado a criticarla, pero sin proponer soluciones para resolver el problema actual que se presenta en la reincidencia.

- e. Eduardo Oré Sosa. - Considera que la reincidencia vulnera los principios de *nen bis in idem*, culpabilidad y proporcionalidad, al señalar que:

“Un mismo hecho es valorado tanto para fundamentar una primera condena como para fundamentar la agravante por el subsecuente delito; lo que importa indudablemente una doble valoración que afecta el principio ne bis in idem en sentido material. Además, no se aprecia cómo un delito anterior puede aportar al desvalor del injusto del nuevo delito; esto parecería conformar, más bien, una petición de principio. Y en cuanto a la mayor peligrosidad del agente que se hace residir en una pluralidad delictiva, tampoco queda claro la necesidad preventiva de una sanción agravada que vaya más allá del máximo de la pena abstracta, pues, por el contrario, como señalamos anteriormente, parecen advertirse más bien problemas de adaptación social o psicológica en los que la agravación de la pena resulta inoperantes” (Determinación judicial de la pena. Reincidencia y Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la ley 30076, 2013).

Cuando nos encontramos que el maestro, cuestiona desde un ámbito constitucional la reincidencia. Es decir, que dicha medida vulneraría los principios de ne bis in idem y la proporcionalidad, siendo nuestra posición que se vulneraría de este último principio, por cuanto no se debe incrementar la pena en delitos en los cuales el agente haya cometido delitos de poca trascendencia social, como son los delitos de conducción en estado de ebriedad, falsificación de documentos, obstrucción a la justicia o los casos de omisión de la asistencia familiar.

Es claro que la doctrina peruana no ha tenido un desarrollo significativo en relación a la reincidencia. Por ello, nosotros hemos tratado de abordar dicho tema desde las fuentes históricas en nuestra legislación peruana, así como la comparación con la fuente internacional que es la legislación española. Esta tarea no es un tanto difícil por la crítica dirigida a este instituto jurídico

de la reincidencia, pero nosotros en las presentes líneas, estableceremos nuestra posición respecto al tema.

3.5. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos

El texto actual mediante la Disposición del Decreto Legislativo N° 1181 del 27 de junio del 2015, indica sobre la 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”*

Es así, que la nomenclatura jurídica actual, determina que cualquier persona sentenciada por cualquier clase de pena contemplada por el artículo 28 y 29 del Código Penal Peruano, es decir, que sea privativa de la libertad, limitativas de derechos, restrictiva de la libertad y/o multa o la pena de vigilancia electrónica personal, incurre en nuevo delito en un periodo de 5 años, será considerado reincidente.

Dicho precepto resulta ser tan general; puesto que, en el Código Penal Peruano, existe una pluralidad de clases de pena, los cuales son de mayor intensidad como la pena privativa de la libertad, y otros de menor intensidad como es la pena multa, para delitos menores o penas que aun están en desarrollo como la pena de vigilancia electrónica. En consecuencia, el presente artículo 46-B del Código Penal, debe pasar en primer término por los criterios de idoneidad y necesidad.

a) **Sobre La Idoneidad.**

La idoneidad significa que ley penal debe guardar concordancia con la constitución política del Estado. Por ello, es importante establecer los alcances del artículo 46-B del Código Penal, con lo prescrito en el numeral 22 del artículo 139, que establecer qué principio del **régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad**. En consecuencia, la propia

constitución habla de un tratamiento penitenciario, cuando el penado se encuentre en un centro penitenciario, por tanto, para hablar de reincidente y catalogarlo como cual, primero debe establecerse **que el tratamiento de la ejecución de pena de manera intensa, es en la pena privativa de la libertad efectiva y no en otra clase de penas**, como es en la pena de multa. Por ejemplo, en esta última solo se exige al sentenciado una contraprestación económica para cumplir su pena. Siendo una repercusión insignificante, al estar dirigido para delitos de poca trascendencia social.

Por ende, creemos que la posición es que la reincidencia debe ser aplicada solo para la aquellos que hayan egresado del centro penitenciario y no para otros delincuentes denominados primarios o que hayan cumplido en todo o en parte otra clase de pena de menor intensidad a la pena privativa de la libertad efectiva.

Ahora bien, encontramos que la ley penal establecida por el artículo 46-B del Código Penal Peruano tras su modificatoria del Decreto Legislativo N^o 1181, resulta ser draconiana, siendo necesaria su modificación, porque se ha desnaturalizado dicho instituto que estaba dirigido solo para personas altamente peligrosas. Es decir, que sus efectos al agravar la pena del nuevo delito, se debía a la falta de moral, conciencia y reflexión del reo quien no había aprendido la lección de estar recluido en un centro penitenciario.

Sin embargo, ahora se establece con dicho Decreto Legislativo N^o 1181 que cualquier sentenciado cometa un nuevo delito, será considerado como reincidente, incluyendo a penas sentencias de poca intensidad como es la pena multa o la prestación de servicios a la comunidad.

Decimos que se vulnera el principio de proporcionalidad, por lo siguiente:

Juan Pérez, sale de su domicilio en estado de emergencia –como el COVIC 19- sin permiso de las autoridades estatales. Es así, que es encontrado caminando y es detenido por la autoridad policial iniciándose el proceso penal por el delito de propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa contemplado en el artículo 289 del Código Penal Peruano. El

ciudadano se somete al proceso de terminación anticipada teniendo una pena 3 de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución.

Sin embargo, pasado menos de un año, este mismo señor es procesado por el delito de omisión a la asistencia familiar por no cancelar la pensión alimentaria de su menor hijo, el cual tendría las siguientes consecuencias al ser declarado como reincidentes;

- 1) En primer término, si es considerado reincidente no se le podría aplicar una pena de menor intensidad. Es decir, que solamente se le impondría una pena privativa de la libertad de carácter efectiva, lo cual vulneraría el principio de excepcionalidad de las prisiones.
- 2) El sentenciado tendría una pena probable de cuatro años y medio de pena privativa de la libertad efectiva, puesto que la reincidentes es una agravante cualificada en nuestra legislación peruana, hecho que vulneraría el principio de proporcionalidad de la pena.
- 3) Al ser recluso en el centro penitenciario, tendría que estar en el sector de mediana seguridad, mezclándose con reos posiblemente altamente peligrosos. Por ello, es su posible contaminación.
- 4) Tendría que cumplir sus cuatro años y medio de pena efectiva, puesto que no existe en la legislación peruana, el otorgamiento de beneficios penitenciarios para los reincidentes, hecho que vulnera el principio de rehabilitación y reinserción del penado a la sociedad.

Es decir, por dos delitos de poca trascendencia social la persona tendría graves consecuencias jurídicas por ser contemplado como reincidentes. Mi labor profesional me lleva a la conclusión que en el Perú, la comisión de delitos menores es con mayor frecuencia en los últimos años, siendo que el endurecimiento de las penas, el endurecimiento de las figuras de la reincidencia y habitualidad son han generado un mensaje en la sociedad, causando solo graves efectos en los centros penitenciarios

que se encuentran en un hacinamiento de un 125% de su capacidad, siendo incontrolable su tratamiento para cumplir los fines constitucionales de rehabilitación, reincorporación del penado a la sociedad.

b) Sobre La Necesidad.

Se debe establecer que para la necesidad se debe analizar dos principios básicos del Derecho Penal, que es la subsidiaridad y fragmentariedad, es decir, nace la siguiente frase:

“Resulta necesaria la medida establecida por el Estado para establecer como reincidencia a cualquier persona que haya cumplido cualquier clase de pena”

Como describimos anteriormente con el ejemplo, son graves las consecuencias jurídicas de establecer con el término “*cualquier pena*” para ser considerado como reincidente, tanto más que el Derecho Penal debe buscar caminos alternativos a la pena privativa de la libertad efectiva; puesto que, en delitos menores de poca transcendencia social, la prevención general (positiva o negativa) en esta clase de delitos. Sin embargo, en los delitos de grave repercusión social, lo que se prioriza es la teoría de la prevención especial (positiva o negativa) porque busca la rehabilitación del penado a la sociedad.

Ahora, creemos que, si una persona comete varios hechos criminales de menor intensidad, claramente puede ser declarada como habitual. Por ello, existe medidas alternativas a la reincidencia para delitos menores, donde el Estado debe de buscar el cumplimiento efectivo de las otras clases de penas, como son la prestación de servicios a la comunidad o el delito de pena multa.

Por ende, la norma penal debe resguardar el principio de subsidiariedad y fragmentariedad, siendo que en la propia exposición de motivos de la ley N°28726, estableció a la reincidencia como un instituto aplicable para delitos graves. Por ello, para respetar; 1) Naturaleza gravedad, 2) Su

gravedad, 3) Proporcionalidad, 4) Subsidiaridad, debe establecerse el siguiente criterio para ser considerado como reincidente.

- 1) El primero, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista un boletín de condenas y en su caso la hoja carcelaria respectiva, donde determine que el procesado viene cumpliendo en todo o en parte una pena efectiva de la libertad, dentro de un periodo de 5 años.
- 2) Que la nueva comisión del hecho, sea doloso.

Dicho lo anterior, también resulta aplicable, pues realizando una interpretación sistemática, puesto que la figura de la reincidencia está establecida en el Art. 22.8 del Código Penal Español, de la siguiente forma:

“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, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.”

En consecuencia, la legislación extranjera que muchas veces es fuente para nuestro ordenamiento jurídico, determina como reincidente aquel que ha sido sentenciado a pena efectiva de la libertad, lo que conlleva a determinar cómo reincidente aquella persona que ha cometido un delito de transcendencia social y vuelve a delinquir.

Esta consideración para ser reincidente, permitirá que no se vulnere el principio de responsabilidad penal por el hecho cometido y el principio de proporcionalidad de la pena. Ahora el lector puede preguntarse: ¿Qué pasa con aquella persona que comete varios delitos en un lapso de tiempo?

Dicha respuesta, tiene su propia respuesta en lo establecido por el artículo 46-C del Código Penal Peruano, que establece que una persona que comete tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años, será considerado como habitual. En consecuencia, no es necesario lo establecido por el Decreto Legislativo N° 1181, cuando prescribe el término “*cualquier clase de pena*”; hecho confuso y completamente inconstitucionalidad, pues en la legislación peruana aún incluso existe debate sobre cuáles son las clases de pena que prevé nuestra legislación.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Encontramos que la reincidencia, tiene fundamento constitucional, que fue ratificado por el Tribunal Constitucional, ciertamente nuestra posición, se encuentra en que debe seguir vigente dicho precepto. Sin embargo, estamos a favor de su modificación porque su redacción actual indica “cualquier clase de pena” hecho que es ambiguo porque en el Perú, aún no es claro cuáles son las clases de pena que prevé nuestra legislación.

SEGUNDA: La redacción inicial de la reincidencia en el Código Penal Peruano, tenía varias aristas de interpretación, por ende, fue necesario que los Vocales de la Corte Suprema, establecieran los requisitos para ser considerado como reincidente, siendo establecido en el fundamento 12) del Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116, los siguientes:

- a) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de la libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de la libertad de carácter efectiva.
- b) Los delitos –se excluyen las faltas- antecedente y posterior han de ser dolosas. El delito posterior debe de cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de la libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva.
- c) No hace falta que el delito posterior esté en el mismo título del código o mejor dicho, sea de la misma naturaleza, es decir, que exista identidad o similitud del tipo o la identidad del bien jurídico vulnerado; no hay un elemento relacional entre los dos delitos. Se trata, por consiguiente, de una reincidencia genérica.
- d) El lapso de tiempo debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de la libertad –condición básica para el entendimiento de este último requisito se recurre a la regla del artículo 46 C del Código Penal, que precisa que los hechos punibles se han de perpetrarse “... en un lapso que no exceda los 5 años “

e) Es una circunstancia personal e incommunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra.

TERCERA: La redacción actual del artículo 46-B del Código Penal Peruano publicado en el Decreto Legislativo N° 1181, establece que será reincidente, el que viene cumpliendo en todo o en parte una pena; hecho que vulnera el principio de responsabilidad penal por el hecho y proporcionalidad de la pena; por ende, dicho precepto es desproporcionado y contraria al numeral 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado Peruano y el artículo VIII del título preliminar del Código Penal Peruano.

CUARTA: El hecho que cometer varios hechos punibles, en un lapso de tiempo de 5 años, como contempla el artículo 46-C del Código Penal, se le deberá considerada como habitual, por ende, no resulta necesario lo establecido por el Decreto Legislativo N° 1181, que prescribe sancionar al que cometa nuevo delito por cualquier clase de pena.

QUINTA: Ahora, debemos establecer que la pena donde se intensifica la labor de rehabilitación, resocialización y reeducación del penado a la sociedad, se evidencia de mejor manera en la pena privativa de la libertad efectiva, puesto que existe un tratamiento exclusivo por parte del Estado, para reincorporar al penado a la sociedad; en las demás clases de pena, como es la pena multa.

SEXTA: Resulta necesario modificar mediante una propuesta legislativa el artículo 46°-B del Código Penal para establecer el tipo de pena aplicable para la determinación de la reincidencia, en tanto no se justifica su aplicación para todas las clases de pena, como son la prestación de servicios a la comunidad o multa.

SÉPTIMA: Un tema no menor, es que existe una ley especial que regula la reincidencia. Es decir, que puede existir un conflicto de leyes, entre el Código Penal y el Decreto Ley, los cuales pueden ser aplicados en un mismo caso concreto, hecho que debe ser revisado por los legisladores peruanos.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Consideramos que solamente debería poder considerarse reincidente a aquella persona que ha cumplido la totalidad o una parte de una pena privativa de libertad efectiva, puesto que en esta situación sí se justifica que se tomen en cuenta la condena por el delito anterior, al tratarse de delitos de mayor relevancia penal.

SEGUNDA: Creemos que la condición de reincide no debería ser atribuida a la persona que haya cumplido la totalidad o parte de una pena privativa de libertad con carácter de suspendida, por cuanto el tipo de pena demuestra la comisión de un delito de poca relevancia desde el punto de vista penal y social.

TERCERA: Por lo anteriormente expuesto, así como por la doctrina analizada, creemos con mayor razón que la condición de reincidente no debería extenderse a los delitos de poca trascendencia social. Es decir, su aplicación no debe ser para penas de menor intensidad como la multa o prestación de servicios a la comunidad.

CUARTA: Modificar el artículo 46-B del Código Penal Peruano, de tal forma que la figura de la reincidencia pueda aplicarse de manera exclusiva a las penas privativas de libertad de tipo efectivo, con el siguiente texto:

“Sera considerado como reincidente.

Hay reincidencia cuando, el sentenciado después de haber cumplido en todo o en parte una pena efectiva de la libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no exceda los 5 años.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho Peruano.

Bibliografía

- AGUADO LOPEZ, S. (2013). Tratamiento penal del delincuente reincidente peligroso: ¿como medidas de seguridad o en la ejecución de la pena? *La Ley Penal*, 14.
- AGUDO FERNÁNDEZ, E. (2004). Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español. *Tesis doctoral*. Granada, España: Universidad de Granada.
- ALCÓCER POVIS, E. (2014). *Introducción al Derecho Penal Parte General*. Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- ALOSO ÁLAMO, M. (2003). *Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia*.
- ANTOLISEI, F. (2003). *Manual del Derecho Penal: Parte General*. Giuffré.
- APAZA HUISA, I. (17 de abril de 2017). *Universidad San Martín de Porras*. Obtenido de http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos_2016/reincidencia_politica_criminologica.pdf
- ARBOLEDA VALLEJO, M., & RUIZ SALAZAR, J. A. (s.f.). *Manual de Derecho Penal, Partes General y Especial Tomo-A* (Decimo Segunda Edición ed.). Bogotá: Leyer.
- ARMAZA GALDOS, J. (2002). *Influencia de los Códigos Españoles en la Legislación decimonónica*. Salamanca.
- ASUA BATARRITA, A. (1982). La Reincidencia: Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX. *La Reincidencia: Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*.
- BELESTA SEGURA, I. (02 de marzo de 2017). *Reincidencia en el Derecho Español*. Obtenido de www.agendamagna.wordpress.com/2009/09/21/reincidencia-en-el-derecho-espanol
- BERGALLI, R. (1980). *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*. Barcelona.
- BETTIOI, G. (1973). *Diritto Penale*. Padova.
- BRAMONT ARIAS, L. A., & A., B. T. (1994). *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. Lima: San Marcos.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M. (2008). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Lima: Editorial Eddili.
- BUSTOS RAMIREZ, J. (2008). *Derecho Penal Tomo I Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del delito y el sujeto responsable* (Segunda Edición ed.). Bogotá: Leyer.
- BUSTOS RAMIREZ, J. (2013). *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*. Lima: Fondo editorial San Juan Bautista.
- CARRARA, F. (1877). *Programma del Corso di Diritto Criminale- Parte General*. Pisa.

- CEREZO MIR, J. (1993). *El Tratamiento de los delincuentes habituales en el borrador de anteproyecto de Código Penal, parte general*.
- CEREZO MIR, J. (2004). *Curso derecho penal Español (6° ed.)*. Madrid.
- CEREZO MIR, J. (2005). *Curso de Derecho penal español. Parte General. III. Teoría jurídica del delito*. Madrid: Tecnos.
- CHÁVEZ HERNÁNDEZ, J. L. (2015). *Actualidad Penal Al día con el Derecho*. Lima: Pacífico Editores.
- COBO DEL ROSAL, M., & VIVVES ANTON, T. S. (1999). *Derecho Penal: Parte General*. Vaencia.
- DE VIDAURRE, M. L. (1828). *Proyecto de un Código Penal*. Boston: Hiram Tupper.
- DIEZCANSECO, A. E. (01 de 12 de 2018). *Congreso de la República*. Obtenido de CONGRESO DE LA REPUBLICA: <http://www.congreso.gob.pe/pley-2001-2006/>
- FERNANDEZ, E. A. (1993). *EL PPRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL*. MADRID.
- GARCIA CALIZAYA, C. (2015). *Actualidad Penal Al día con el Derecho*. Lima: Pacífico Editores.
- GARCIA CALIZAYA, C. (2015). *Actualidad Penal Al día con el Derecho*. Lima: Pacífico Editores.
- GARCÍA CAVERO, P. (2012). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Jurista Editores.
- GARCIA CAVERO, P. (2012). *Derecho Penal, Parte General (Segunda Edición ed.)*. Juristas Editores.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. (2009). *Derecho Penal, Parte General Fundamentos*. Lima: Editorial Universitaria Ramón Aderece.
- GOYENA HUERTA, J. (2010). *De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal*. Valladolid: Lex Nova.
- GRACIA MARTIN, L., BOLDOVA PASAMAR, M. A., & ALASTUEY DOBON, C. (2006). *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia.
- GUNTHER, J. (1985). *CRIMINALIZACIÓN EN EL ESTADIO PREVIO A LA LESIÓN DE UN BIEN JURÍDICO*. MADRID: CIVITAS.
- HUMANOS, M. D. (2013). *COMPENDIO DE DOCTRINA LEGAL Y JURISPRUDENICA VINCULANTE*. LIMA: COLECCIONES JURÍDICA.
- HURTADO POZO, J. (1987). *Manual de Derecho Penal, Parte General (Segunda Edición ed.)*. Lima: Eddili.
- HURTADO POZO, J. (1987). *Manual de Derecho Penal. Parte General (2° ed.)*. Lima: Edili.
- HURTADO POZO, J., & PRADO SALDARRIAGA, V. (2011). *Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II*. Lima: Idemsa Editores.
- IÑESTA PASTOR, E. (12 de ABRIL de 2017). *RUA.UA*. Obtenido de <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24884/1/CODIGO%20PENAL%20PERU%201863.pdf>

- JESCHECK, H. H., & WEINGEND, T. (1993). *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen I* (5° ed.). Granada: Pacifico Editores.
- JIMENEZ DE ASÚA, L. (1984). *La ley y el delito*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- JIMENEZ DE ASÚA, L. (1984). *La Ley y el Delito , Principios de Derecho Penal* (Decimo Tercera Edición ed.). Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- LUZON DOMINGO, M. (1964). *Derecho Penal del Tribunal Supremo*. Barcelona: Hispano Europea.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., & ALBACAR LOPEZ, J. L. (1987). *Codigo Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*. Granda: Comares.
- MANZINI, V. (1961). *Trattato di diritto penale italiano*. Torino.
- MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (1999). *La Reincidencia: tratamiento dogmatico y alternativas político-criminales*. Granada.
- MARTINEZ DE ZAMORA, A. (1971). *La reincidencia*. Murcia.: Publicaciones de la Universidad Murcia.
- Martinez, R. d. (1997). *La reincidencia en el Código Penal de 1995*. Ciudad Real.
- MAURACH, R. (1969). *Deutsches Strafrech*.
- MIR PUIG, S. (1974). *La reincidencia en el Codigo Penal*. Barcelona: Bosch.
- MIR PUIG, S. (1998). *Derecho Penal-Parte Genneral*. Barcelona: Editorial B de F.
- MIR PUIG, S. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Argentina: Reppertor.
- MIR PUIG, S. (2011). *Derecho Penal. Parte general* (9° edición ed.). Barcelona: Reppertor.
- MONGE FERNANDEZ, A. (2008). Aproximaciones Dogmaticas a la Circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena. *Cuadernos de Política Criminal*, 32.
- MUÑOZ CONDE, F. (1976). *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2004). *Derecho Penal: Parte Genera*. Valencia: Tirant to blanch.
- ORE SOSA, E. (2006). El endurecimiento del derecho penal a traves de las leyes N° 28726 y 28730. *Revista de Actualidad Jurídica*, 151.
- ORE SOSA, E. (2013). *Determinación judicial de la pena. Reincidencia y Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la ley 30076*. Recuperado el 13 de Noviembre de 2017, de Instituto de Ciencia Procesal Penal: http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/determinacion_judicial_de_la_pena_-_incipp.pdf
- OSSA LOPEZ, M. F. (2012). Aproximaciones conceptuales a la reincidencia penitenciaria. *Ratio Juris*, 126.
- PABLOS DE MOLINA, A. G. (2009). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Centro de Estudio Ramon Areces.

- PEÑA CABRERA, R. (1983). *Tratado de Derecho Penal, Volumen I Parte General*. Lima.
- POLAINO NAVARRETE, M. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Lima: ARA Editores.
- PRADO SALDARRIAGA, V. R. (2015). Las Circunstancias Atenuantes Genéricas Del Código Penal. *Themis*, 33-39.
- RAMOS, J. P. (1935). *Curso de Derecho Penal (Segunda Edición ed.)*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.
- RANIERI, S. (1968). *Manuale di diritto Penale vol1 : Parte General*. Padova: Cedam.
- Reconocimiento de Derecho, 1945/2001 (Tribunal Supremo - Sala Cuarta 30 de Mayo de 2002).
- ROIG TORRES, M. (2015). La reforma del Código Penal en materia de reinteración delictiva. *Derecho Penal de la Peligrosidad y Prevención de la Reincidencia*, 768.
- ROJAS VARGAS, F. (2016). *Código Penal Parte General, Comentarios y Jurisprudencia*. . Lima: RZ Editores.
- ROSSNER, C. (1998). *Recht und Moral bei den griechischen Sophisten*. Verlag V. Florentz: Munchen.
- ROXIN, C. (1971). «*Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*. Berlin.
- ROXIN, C. (1977). *Reflexiones politico criminales sobre el principio de culpabilidad*.
- ROXIN, C. (1981). *Culpabilidad y Prevencion en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A.
- ROXIN, C. (1986). *Que queda de la culpabilidad en Derecho Penal*. Madrid.
- ROXIN, C. (2013). *La teoría del delito en la discusión actual*. (M. Abanto Vasquez, Trad.) Lima: Grijley.
- ROXIN, C. (2014). *Derecho penal, Parte general*. Madrid: Editorial Civitas.
- RUSCONI, M. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: AD HOC.
- STC de 25 de junio de 1970, 3435/2018 (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 12 de Mayo de 2021).
- VALENCIA-DONGO CÁRDENAS, R. (12 de abril de 2017). *Justicia Viva*. Obtenido de http://www.justiciaviva.org.pe/normas/proyecto_de_ley/13535.pdf.
- VELASQUEZ, F. (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Medellín: COMLIBROS.
- VILCA, R. (10 de abril de 2017). *legis.pe*. Obtenido de <http://legis.pe/manuel-lorenzo-de-vidaurre-el-primer-legislador-sudamericano>
- VILLA STEIN, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima: ARA Editores.
- VILLA STEIN, J. (2014). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Ara Editores .
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Grijley E.I.R.L.
- VON LISZT, F. (1929). *Tratado de Derecho Penal (Segunda Edición ed.)*. Madrid: Reus.

ZAFFARONI, E. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: EDIAR.

ZAFFARONI, E. R. (1994). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima: Ediciones Jurídicas.