



**UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



UAC



**TESIS:**

**NECESIDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LA TOTALIDAD O UNA PARTE DE UNA PENA  
PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA POR DELITO DOLOSO COMO REQUISITO PARA  
ESTABLECER LA CONDICIÓN DE REINCIDENTE**

**PRESENTADO POR:**

BACHILLER CRISTIAN FABIO COELLO  
GAMARRA

**TÍTULO A OPTAR:**

ABOGADO

**ASESOR:**

PERCY VELASQUEZ DELGADO

**CUSCO – PERÚ**

**2017**



### **AGRADECIMIENTOS**

*Doy gracias a la excelentísima Universidad Andina del Cusco, que me brindó la oportunidad de ingresar a sus aulas y poder adquirir los conocimientos que sus prestigiosos e ilustres maestros me brindaron con sacrificio, trabajo y esmero para mi formación profesional, así como los valores que me inculcaron para regirme en mi vida personal, brindándome una formación integral que me permita asumir y desenvolverme en cada desafío, reto profesional y personal que se me presente, con total profesionalismo, confianza y madurez, permitiéndome decir que esta casa de estudios fue mi segundo hogar.*



### **DEDICATORIA**

La presente tesis está dedicada a Dios todo poderoso, quien me puso en este camino del Derecho, cuyo saber siempre regirá mi vida profesional, personal, familiar y sentimental, para con ello demostrar que una vida de valores éticos y morales es más importante que todo.

A mi madre quien me enseñó a seguir adelante a pesar de todas las adversidades que se presenten en el camino y que el optimismo y la perseverancia traen grandes logros, así como una gran enseñanza de valores éticos y morales conduciéndome siempre por el camino de la responsabilidad y honestidad.

A mi padre quien siempre me sostuvo en su hombro rigiéndome por un camino de valores sin importar las circunstancias, enseñándome que la honradez, el trabajo, la amistad, el cariño, la lealtad y el honor son los valores que guían mi vida.

A mis hermanas que constantemente me alientan a seguir adelante, enseñándome que en el camino de la vida siempre habrá caídas pero lo más importante es levantarse, continuar y dar lo mejor de uno para conseguir nuestras metas y logros.

A mi futura esposa quien con su ejemplo de vida, compañía y amor incondicional me ha enseñado a ser una mejor persona, enseñándome que el respeto, la amistad, la confianza, el cariño, la bondad, la humildad y la sencillez son los pilares de una vida de felicidad y amor.

A mi asesor quien me guio con mucho empeño y sacrificio en la elaboración de la presente tesis, instruyéndome rigurosamente para lograr dar lo mejor de mis conocimientos y ponerlos a prueba en cada intento que logre alcanzar una meta profesional.



## RESUMEN

La figura de la reincidencia no formaba parte del Código Penal de 1991, sin embargo fue reincorporada en nuestro ordenamiento jurídico años después, como una forma de combatir los altos índices de delincuencia. La tesis estudia la figura de la reincidencia y su aplicación, así como las circunstancias en que ésta puede atribuirse, en razón del tipo de pena establecida en la condena. De esta manera, postula que ésta debería reservarse únicamente a casos de pena privativa de libertad efectiva, proponiendo la modificatoria del artículo 46B del Código Penal, con el fin de que la figura de la reincidencia no resulte aplicable en otros tipos de pena.

**PALABRAS CLAVE:** reincidencia, pena, pena privativa de libertad, Código Penal

## ABSTRACT

The figure of recidivism was not included in the Criminal Code of 1991, but rejoined our legal system years later as a way to combat high crime rates. The thesis studies the figure of recidivism and its application, as well as the circumstances in which it can be attributed, by the type of sentence established in the sentence. In this way, it postulates that it should be reserved only for cases of an effective custodial sentence, proposing the amendment of article 46B of the Criminal Code, so that the figure of recidivism does not apply to other types of punishment.

**KEY WORDS:** recidivism, sentence, custodial sentence, Criminal Code



**ÍNDICE**

CAPÍTULO I EL PROBLEMA Y EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN ..... 1

- 1.1. Problema..... 1
  - 1.1.1. Planteamiento del Problema..... 1
  - 1.1.2. Formulación del problema ..... 3
- 1.2. Objetivos de la Investigación ..... 4
  - 1.2.1. Objetivo Principal ..... 4
  - 1.2.2. .Objetivos específicos..... 4
- 1.3. Justificación..... 4
- 1.4. Método..... 5
  - 1.4.1. Diseño metodológico ..... 6
  - 1.4.2. Diseño contextual ..... 6
  - 1.4.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos,  
procesamiento y análisis de datos ..... 7
  - 1.4.4. Viabilidad de la investigación..... 7
- 1.5. Hipótesis de trabajo ..... 7
- 1.6. Categorías de estudio ..... 7

CAPITULO II DESARROLLO TEMÁTICO ..... 8

- 2.1. Antecedentes históricos de la reincidencia en el Perú..... 8
  - 2.1.1. En el proyecto de Vidaurre ..... 8
  - 2.1.2. En el Código de Santa Cruz..... 9
  - 2.1.3. En el Código Penal de 1863..... 9
  - 2.1.4. En el Código Penal de 1924..... 10
- 2.2. Legislación comparada. .... 11
  - 2.2.1. Legislación Española..... 11
  - 2.2.2. Legislación Colombiana..... 12
  - 2.2.3. Legislación Chilena..... 13
  - 2.2.4. Legislación Mexicana ..... 14
  - 2.2.5. Legislación Argentina..... 14
- 2.3. La reincidencia..... 18
  - 2.3.1. Aspectos generales: responsabilidad penal..... 18
  - 2.3.2. Reincidencia en la doctrina penal peruana ..... 23
  - 2.3.3. Reincidencia en la jurisprudencia penal peruana..... 27
  - 2.3.4. Reincidencia en nuestra legislación actual: Código Penal de  
1991 ..... 34



2.4. Interpretación de la ley penal ..... 37

    2.4.1. Clases de interpretación de la ley penal. .... 37

2.4.2. Los límites a la interpretación de la ley penal ..... 41

2.5. La pena ..... 42

2.5.1. Teorías de la pena ..... 42

    2.5.1.1. Teorías Absolutas. .... 42

    2.5.1.2. Teorías Relativas..... 43

    2.5.1.3. Teorías Unitarias..... 43

2.6. Determinación de la pena ..... 44

    2.6.1. Criterios básicos de determinación..... 44

    2.6.2. Etapas de la determinación judicial de la pena..... 45

    2.6.3. Tipos de pena ..... 45

2.7. Sistema de Penas ..... 46

    2.7.1. Penas privativas de libertad..... 46

    2.7.2. Pena restrictiva de libertad (expulsión del país)..... 47

    2.7.3. Penas limitativas de derechos ..... 48

    2.7.4. Pena de multa..... 50

2.8. Otras fuentes respecto a la reincidencia..... 50

    2.8.1. Acuerdos Plenarios..... 50

    2.8.2. Doctrina internacional ..... 53

**CAPÍTULO III RESULTADO Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS ..... 55**

    3.1. Resultados del Estudio ..... 55

    3.2. Análisis de los Hallazgos ..... 59

    3.3. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos..... 67

        3.3.1. Introducción..... 67

        3.3.2. Sobre la reincidencia..... 75

**CONCLUSIONES ..... 79**

**RECOMENDACIONES ..... 80**

**BIBLIOGRAFÍA..... 81**



## CAPÍTULO I EL PROBLEMA Y EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

### 1.1. Problema

Desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, fueron muchas las cuestiones problemáticas que se han procurado resolver con argumentos más o menos convincentes. Una particularidad especialmente llamativa de la forma de solucionar dichas cuestiones problemáticas es su carácter, en la mayoría de casos, regional. En efecto, en más de una ocasión se ha escuchado decir que, respecto a una determinada institución jurídica, en un determinado distrito judicial se resolvió de una manera, mientras que en otro distrito judicial se resolvió de otra, hecho que hace que se produzca inseguridad jurídica en el país.

#### 1.1.1. Planteamiento del Problema

Una de éstas cuestiones problemáticas, es establecer la condición de reincidente, regulado en el artículo 46-B del Código Penal, puesto que se suscitaron diversas controversias en torno a su regulación y a la efectividad de su condición. Por ejemplo describe Prado Saldarriaga, que el Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116 del 18 de julio del 2008, estableció en sus Fundamentos Jurídicos 12 y 13, algunos criterios hermenéuticos vinculantes para superar los problemas y dudas derivados de las normas sobre reincidencia y habitualidad, estableciéndose como requisito para ser considerado como reincidente que:

**“El juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas, y en su caso, la hoja de carcelaria respectiva que establece la fecha exacta de excarcelación.”**

En efecto el Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116 del 18 de julio del 2008, establece que el requisito para determinar la condición de reincidente, es que la persona debió cumplir 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 la libertad de carácter efectiva.

Dicho argumento publicado el 03 de noviembre del 2008, establecía de manera clara y precisa, la condición de reincidente. Empero, el legislador peruano con las constantes modificaciones al Código Penal, mediante la ley N° 28726, ley 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, nace una nueva interpretación para determinar la condición de reincidente, pues la norma penal indica: “*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 problemática tremenda al no poder conocerse con efectividad, cuándo se determina la condición de reincidente.

Por ello, es que la reincidencia ha sido duramente cuestionada en su legitimidad por un importante sector de la doctrina extranjera y nacional, puesto que en el Perú se tienen dos posiciones las cuales difieren sustancialmente, esto es: 1) Que sea solo para personas que hayan cumplido una pena privativa de la libertad con carácter efectiva en su ejecución y 2) Que sea considerado para todas aquellas personas que en todo o en parte, estén cumpliendo cualquier clase de pena. Lo que claramente nos lleva a la siguiente pregunta:

### **1.1.2. Formulación del problema**

#### ***Problema Principal***

¿Solamente aquel que ha cumplido la totalidad o una parte de una pena privativa de libertad efectiva por delito doloso es considerado reincidente?

#### ***Problemas Específicos***

¿Puede atribuirse la condición de reincidente a la persona que haya cumplido la totalidad o parte de una pena privativa de libertad con carácter de suspendida?



¿Puede atribuirse la condición de reincidente a la persona que haya cumplido la totalidad o parte de una pena distinta a la pena privativa de la libertad?

¿Es necesario modificar mediante una propuesta legislativa el artículo 46°-B del Código Penal para establecer de manera concreta el tipo de pena aplicable para la determinación de la reincidencia?

## **1.2. Objetivos de la Investigación**

### **1.2.1. Objetivo Principal**

Determinar si solamente aquel que ha cumplido una pena privativa de libertad efectiva por delito doloso es considerado reincidente.

### **1.2.2 .Objetivos específicos**

Establecer si puede atribuirse la condición de reincidente a la persona que haya cumplido una pena privativa de libertad con carácter de suspendida.

Definir si puede atribuirse la condición de reincidente a la persona que haya cumplido una pena distinta a la pena privativa de la libertad.

Determinar si resulta necesario modificar mediante una propuesta legislativa el artículo 46°-B del Código Penal para establecer de manera concreta el tipo de pena aplicable para la determinación de la reincidencia.

## **1.3. Justificación**

Una investigación de este tipo es conveniente debido a que facilitará la unificación de criterios respecto a la aplicación correcta de la reincidencia en el territorio nacional, para generar seguridad jurídica.

La investigación busca reunir los diferentes criterios existentes con relación a la reincidencia, para así dar las pautas para una adecuada y unificada aplicación de ésta institución penal. Es así, que unificar el criterio



para determinar la condición de reincidente, permitirá la aplicación de otras instituciones jurídicas, como son: Las consecuencias jurídicas del delito, los beneficios penitenciarios, entre otros, para de esta manera generar seguridad jurídica en el Perú, al definir de la manera clara la extensión y características de la reincidencia.

La presente investigación tratará de brindar facilidades a todos los operadores de justicia para una interpretación unificada y no diferenciada sobre la institución de la reincidencia, partiendo de la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Cabe señalar que no existe una interpretación unificada sobre la reincidencia puesto que la ley y el Acuerdo Plenario señalado anteriormente dan un tratamiento diferenciado a la reincidencia.

Si bien es cierto, la doctrina ya ha advertido ésta problemática, sin embargo no se le dio el tratamiento debido a esta nueva institución, toda vez que aún no se modificó la norma, ni mucho menos los legisladores advierten la carencia de motivación de la norma.

Por ello, es que pretendemos realizar una propuesta legislativa que permita una interpretación uniforme del artículo 46-B del Código Penal Peruano. De esta manera, se facilitará la aplicación de la norma y se terminará con el debate existente en torno al tema de la determinación de la condición de reincidente.

#### **1.4. Método**

La investigación cualitativa se enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto<sup>1</sup>.

Teniendo ello en cuenta, la presente investigación tendrá un enfoque cualitativo, puesto que buscamos profundizar en la existencia de los criterios relacionados a la determinación de la condición de reincidente.

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la Investigación*. Sexta Edición. México D.F : McGraw-Interamericana Editores, 2014, p. 358



#### 1.4.1. Diseño metodológico

Para la presente investigación, utilizaremos la teoría fundamentada, diseño en el cual “el investigador produce una explicación general o teoría respecto a un fenómeno, proceso, acción o interacciones que se aplican a un contexto concreto y desde la perspectiva de diversos participantes”<sup>2</sup>.

Los objetivos de la investigación buscan establecer los criterios existentes en diferentes fuentes, por lo que consideramos apropiada la aplicación del diseño de teoría fundamentada.

#### 1.4.2. Diseño contextual

##### ***Escenario y tiempo***

La investigación se centrará en la figura de la reincidencia en el territorio peruano, y tomará como fecha de partida el 09 de mayo de 2009, fecha en que se incorpora en el Código Penal las instituciones jurídicas de la reincidencia y la habitualidad. La misma se extenderá hasta las últimas modificaciones planteadas tanto legislativamente como Acuerdos Plenarios posteriores a dicha fecha.

##### ***Coyuntura***

La coyuntura en la que se desenvuelve nuestro estudio es una en la que existe sobrepoblación en nuestros establecimientos penitenciarios, así como inseguridad jurídica y una creciente preocupación por el aumento de la comisión de actos delictivos.

##### ***Unidades de estudio***

Se realizará el estudio de la figura de la reincidencia en el sistema penal peruano.

---

<sup>2</sup>Ibídem. P. 472



### **1.4.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, procesamiento y análisis de datos**

#### **TÉCNICAS**

- Análisis documental
- Observación.

#### **INSTRUMENTOS**

- Ficha documental
- Ficha resumen
- Ficha de registro

### **1.4.4. Viabilidad de la investigación**

La investigación resulta viable puesto que contamos con los recursos financieros y humanos suficientes para la recolección de información. Asimismo, nuestro análisis es en su mayor parte documental y normativo, sin requerir algún tipo de experimentación o método adicional, lo cual hace factible la presente.

### **1.5. Hipótesis de trabajo**

Únicamente aquel que ha cumplido una pena privativa de libertad efectiva por delito doloso puede ser considerado reincidente.

### **1.6. Categorías de estudio**

- Proceso penal: implicancias del proceso penal
- Condición de reincidente
- Tipos de penas
- Pena privativa de libertad
- Pena suspendida en su ejecución
- Pena efectiva
- Delito doloso

## CAPITULO II DESARROLLO TEMÁTICO

### 2.1. Antecedentes históricos de la reincidencia en el Perú

#### 2.1.1. 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*”<sup>3</sup>, 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*”<sup>4</sup>. 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 (...)*<sup>5</sup>.

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

---

<sup>3</sup> VILCA, Roger. “Manuel Lorenzo de Vidaurre: el primer legislador sudamericano”. En *Legis.pe*. Enero, 2016. <http://legis.pe/manuel-lorenzo-de-vidaurre-el-primer-legislador-sudamericano/>. Fecha de consulta: 10 de abril de 2017.

<sup>4</sup> ARMAZA GALDOS, Julio. “Influencia de los códigos penales españoles en la legislación peruana decimonónica”. En NIETO, Adán (coordinador). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos : "in memoriam"*. Cuenca: Universidad de Salamanca, p. 53  
[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20080612\\_09.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20080612_09.pdf). Fecha de consulta: 12 de abril de 2017.

<sup>5</sup> En DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Proyecto de un código penal*. Boston: Hiram Tupper, 1828, p. 217. En: [https://books.google.com.pe/books?id=lp4XAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_ge\\_su\\_mmary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.pe/books?id=lp4XAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_su_mmary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false). Fecha de consulta: 12 de abril de 2017.



*Ley 6: Ratero en calles, plazas, ó teatros, cincuenta azotes y seis años á aséo de calles; en la reincidencia diez años, y cien azotes<sup>6</sup>.*

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

### 2.1.2. 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”<sup>7</sup>*. Se observa que admite la reincidencia específica, mas no la genérica.

### 2.1.3. 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:

---

<sup>6</sup> *Ibíd*em, p. 226

<sup>7</sup> ARMAZA GALDOS, Julio. *Ob. Cit.*, p. 61



*“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”<sup>8</sup>.*

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”<sup>9</sup>.*

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.

#### **2.1.4. En el Código Penal de 1924.**

El Código Penal de 1924 fue elaborado por Victor 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*

---

<sup>8</sup> VITERVO ARIAS, José. Citado por ORÉ SOSA, Eduardo. “El endurecimiento del derecho penal a través de las leyes 28726 y 28730”. *Revista Actualidad Jurídica*. Lima, 2006, Tomo 151, p. 10.

<sup>9</sup> En IÑESTA-PASTOR, Emilia. “La reforma penal del Perú independiente: El Código penal de 1863”. En TORRES, Manuel (Editor). *Actas del xv congreso del instituto internacional de historia del derecho indiano*. Córdoba: Universidad de Córdoba, p. 1093.  
<https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24884/1/CODIGO%20PENAL%20PERU%201863.pdf> Fecha de consulta: 12 de abril de 2017.





*de la libertad. Para los reincidentes se les aplicaba una pena no menor que la máxima correspondiente al delito<sup>10</sup>.*

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.

## **2.2. Legislación comparada.**

### **2.2.1. 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 ejecutoriamente condenado.

---

<sup>10</sup> VALENCIA-DONGO CÁRDENAS, Rafael. Proyecto de Ley N° 13535/2005-CR. *Proyecto de Ley que incorpora el artículo 46.B incorporando la figura de la reincidencia como circunstancia agravante; y elimina la rehabilitación para quienes incurrir en ella (Complementa Proyecto de Ley N° 8543/2003-CR)*, 2005. [http://www.justiciaviva.org.pe/normas/proyecto\\_de\\_ley/13535.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/normas/proyecto_de_ley/13535.pdf). Fecha de consulta: 12 de abril de 2017.



- 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<sup>11</sup>.

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 ejecutoriamente 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<sup>12</sup>. 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.

### 2.2.2. Legislación Colombiana.

Támara, citado por Ossa López, señala que la aplicación de la reincidencia en Colombia dedica especial atención a la reincidencia penitenciaria y hace referencia a aquellos individuos que, habiendo sido

---

<sup>11</sup> GOYENA HUERTA Jaime. “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”. En GOMEZ, Manuel (coordinador). *Comentarios del Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 219

<sup>12</sup> Cfr. *Ibíd*em, p. 220



condenados, han vuelto a ser privados de la libertad o se les ha impuesto una pena en establecimientos penitenciarios<sup>13</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-077 de 2006 establece que:

*La reincidencia es una especie de las circunstancias modificativas agravantes de responsabilidad, prevista en algunos ordenamientos penales y más ampliamente, en algunos ordenamientos sancionatorios, en virtud de la cual se agrava la sanción impuesta al infractor cuando ha sido sancionado anteriormente por la comisión de otras infracciones<sup>14</sup>.*

En este caso la reincidencia es genérica, no siendo necesario que el nuevo delito sea similar o de la misma naturaleza que el primer delito.

### 2.2.3. Legislación Chilena.

Mediante Ley N° 20.253, se realizaron modificatorias en el Código Penal chileno respecto a la figura de la reincidencia, contemplándose tres clases: Impropia o Ficta, Propia o Verdadera Genérica y Propia o Verdadera Específica<sup>15</sup>.

Así, el Código Penal chileno establece entre sus circunstancias agravantes a la reincidencia, de la siguiente manera:

*Art. 12. Son circunstancias agravantes:*

*(...)*

*14.<sup>a</sup> Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento.*

<sup>13</sup> En OSSA LOPEZ, María Fernanda. “Aproximaciones conceptuales a la reincidencia penitenciaria”. En *Revista Ratio Juris*, Volumen 7, N° 14, 2012, p. 121.

<sup>14</sup> Cfr. *Ibíd*em, p. 122

<sup>15</sup> Cfr. HUIDOBRO MARTINEZ, Sergio. “Algunos comentarios a la Ley N° 20.253 en materia de reincidencia” En *Revista ACTUALIDAD JURIDICA*, N° 18, Julio, 2008, p. 494

15.<sup>a</sup> Haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena.

16.<sup>a</sup> Ser reincidente en delito de la misma especie.

(...)

#### 2.2.4. Legislación Mexicana

La figura de la reincidencia se encuentra prevista en el Código Federal Penal, específicamente en su artículo 20, con el siguiente texto:

*Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.*

*La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales.*

En el Derecho Mexicano, la reincidencia se utiliza para señalar un volver o repetición de un hecho ilícito que generalmente tiene un significado considerable relacionado al de peligrosidad, ya que se considera que un reincidente es más peligroso que una persona que por primera vez haya cometido un delito<sup>16</sup>.

En este caso, la legislación mexicana fundamenta la figura de la reincidencia en la peligrosidad que tendría el condenado, por lo que se justifica que su pena se agrave.

#### 2.2.5. Legislación Argentina.

El Código Penal argentino se ocupa de la reincidencia en su libro VIII, cuyos artículos desarrollamos a continuación:

---

<sup>16</sup> CORREA GARCIA, Sergio José. “Definición y Caracteres de Reincidencia en Derecho Mexicano”. En: *México Enciclopedia Jurídica Libre*, 2016. <http://mexico.leyderecho.org/reincidencia/> Fecha de consulta: 25 de abril 2017.



**Artículo 50:** *Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.*

*La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición. No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad.*

*La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.*

**Artículo 51:** *Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.*

*El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos: 1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales; 2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad; 3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.*

*En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del*



*antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.*

*Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:*

- 1. Cuando se extingan las penas perpetuas;*
- 2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo;*
- 3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2º), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta;*
- 4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.*

*La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.*

**Artículo 52:** *Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:*

- 1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;*
- 2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.*

*Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.*

**Artículo 53:** *En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y 21 siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente*



*que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales. La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional.*

Los requisitos de la reincidencia pueden encontrarse en los artículos 50 y 51, los cuales son:

- La necesidad de una condena privativa de libertad.
- La existencia de una condena anterior al delito, sin que hubiere transcurrido el plazo del artículo 50, que otorga una prescripción a la reincidencia.
- Que la pena impuesta previamente haya sido efectivamente cumplida, aunque sea en parte suficiente para cumplir con los fines de la reintegración social. Este requisito ha provocado la discusión doctrinaria y judicial<sup>51</sup>, ya que no existe claridad legal sobre el momento en que la pena se entiende parcialmente cumplida, tampoco sobre el momento en que ha sido suficiente para cumplir con los fines de la pena.
- Que la pena anterior no se refiera a delitos políticos, amnistiados, cometidos por autor menor de edad, o aquellos previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> SANHUEZA VILCHES, Daniela. "Análisis Jurisprudencial De La Reincidencia Impropia Y Quebrantamiento", Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015, p. 21-22 <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134691/An%C3%A1lisis-jurisprudencial-de-la-reincidencia-impropia-y-quebrantamiento.pdf?sequence=1> Fecha de consulta: 21 de abril del 2017.



## 2.3. La reincidencia.

### 2.3.1. Aspectos generales: responsabilidad penal

De conformidad con lo señalado por ZUGALDÍA, citado por Oré Sosa, la incidencia del principio de culpabilidad en el sistema de responsabilidad penal se da en dos niveles:

- a. A nivel de presupuestos de la pena, de la que se derivan las exigencias: i) de culpabilidad por el hecho, ii) de dolo o imprudencia, así como la proscripción de la responsabilidad objetiva; y iii) la capacidad de culpabilidad (imputabilidad).
- b. A nivel de individualización de la pena, el principio de culpabilidad determina el quantum de la pena que es lícito imponer al autor culpable, en el sentido de que las necesidades de prevención no pueden justificar en ningún caso la imposición de una pena que supere la adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho<sup>18</sup>.

Tomando en cuenta lo anterior, deberíamos poder afirmar que la reincidencia cumple con el principio de culpabilidad, sin embargo existen posiciones diversas al respecto. Así, continúa el autor, indicando que el legislador ha configurado a la reincidencia como supuestos de agravación de la pena ante casos de reiteración delictiva.

#### 2.3.1.1. Definiciones

Al respecto, nos indica Peña Cabrera que:

(...) el concepto jurídico de reincidencia no coincide con la significación gramatical. En efecto, una sucesión de delitos juzgados una sola vez, nos recuerda la hipótesis de la reiteración o concurso real. En la reincidencia, el agente comete el segundo o los sucesivos delitos, mediando una

---

<sup>18</sup> ORE SOSA, Eduardo. “Determinación judicial de la pena. Reincidencia y Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la ley 30076”. En *Instituto de Ciencia Procesal Penal*, s/a, p. 15.

[http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/determinacion\\_judicial\\_de\\_la\\_pena\\_-\\_incipp.pdf](http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/determinacion_judicial_de_la_pena_-_incipp.pdf).

Fecha de consulta: 29 de marzo de 2017





condena por el hecho o hechos anteriores. Lo que importa, es la existencia de una sentencia condenatoria definitiva anterior<sup>19</sup>.

En palabras de García Caveró, la reincidencia constituye una agravante genérica, la cual permite un incremento del marco penal máximo hasta en un tercio o una mitad por encima del máximo legal de pena fijado por el tipo penal respectivamente<sup>20</sup>.

### **2.3.1.2 Clases de reincidencia**

Siguiendo lo indicado por Peña Cabrera, la reincidencia se clasifica en:

#### **2.3.1.2.1. Reincidencia genérica o impropia**

Este tipo se presentará *“cuando el nuevo delito es distinto que al anterior. Así, si a Juan se le condena por un delito de hurto, y luego comete un homicidio, su reincidencia será genérica”*<sup>21</sup>.

Dicho de otra manera, no interesa la naturaleza de los delitos, sino únicamente que se cometa uno después de haber sido sentenciado por la comisión de un delito anterior.

#### **2.3.1.2.2. Reincidencia específica o propia**

Ésta se presenta *“cuando el nuevo delito es de la misma especie que el precedente. Por ejemplo, a Juan se le condena por un delito de hurto, y después comete otro delito, también de hurto, aquí su reincidencia es específica”*<sup>22</sup>.

#### **2.3.1.2.3. Reincidencia real**

En este caso, la persona ya ha cumplido la condena anterior y luego de ello incurre en la comisión de nuevo delito<sup>23</sup>, ello podría presentarse por ejemplo cuando la persona está cumpliendo una pena privativa de libertad suspendida que lo mantiene en las calles, lugar dónde cometerá el nuevo delito.

---

<sup>19</sup> PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Volumen I. Parte General. S/E, Lima, 1983, p. 272

<sup>20</sup> Cfr. GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General*. Segunda Edición. Lima: Jurista Editores, 2012, p. 842

<sup>21</sup> *Ibidem*. p. 274

<sup>22</sup> *Ídem*

<sup>23</sup> Cfr. *Ídem*

#### 2.3.1.2.4. Reincidencia ficta

En esta situación, la condena impuesta por el delito anteriormente cometido, no se ha cumplido en el momento de la comisión del nuevo delito<sup>24</sup>.

Por su parte el autor Rojas Vargas señala que la reincidencia puede ser:

#### 2.3.1.2.5. Reincidencia básica o simple

Dicha reincidencia requiere para configurarse legalmente, en nuestro país, de tres requisitos:

- En primer lugar, *“la comisión de un nuevo delito doloso o falta cometido por el agente, en grado de consumación o tentativa, ya como autor o partícipe”*<sup>25</sup>.

Cabe señalar que el nuevo delito puede ser de cualquier tipo, no siendo mandatorio que se trate de un delito de naturaleza semejante o parecida.

- En segundo lugar, es necesaria *“la existencia de una condena anterior firme (ejecutoriada o consentida) aplicada al infractor por delito doloso o falta, que haya sido ya cumplida en su totalidad (reincidencia verdadera) o cumplida en parte o en forma parcial (reincidencia ficta)”*<sup>26</sup>.
- Por último, se requiere que *“entre el cumplimiento total o parcial de la condena anterior y el nuevo delito no haya pasado un lapso superior a los 5 años, o si se trata de falta no haya superado los 3 años”*<sup>27</sup>.

A manera de resumen, podemos indicar que la reincidencia simple requiere de la comisión de un nuevo delito, que exista una condena anterior firme, y que el periodo de tiempo existente entre un delito y otro no sea mayor de 5 años, o 3 años en el caso de las faltas.

Siguiendo lo señalado por Rojas Vargas, los efectos jurídicos de este tipo de reincidencia son:

---

<sup>24</sup> Cfr. Ídem

<sup>25</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal Parte General. Comentarios y jurisprudencia*. Lima: RZ Editores, 2016, p. 763

<sup>26</sup> Ídem

<sup>27</sup> Ídem



- a) La pena es elevada hasta en una mitad sobre el máximo legal que establezca el tipo penal especial (efecto negativo sobre el infractor), lo que posibilita un margen de juego en la pena.
- b) Los delitos o faltas cometidos después de los 5 o 3 años, respectivamente, del cumplimiento de la condena anterior no generan reincidencia, careciendo de efectos de agravación, para la determinación de la pena (efecto positivo en favor del infractor).
- c) No tiene efectos prohibitivos de los beneficios de semilibertad y liberación condicional<sup>28</sup>.

#### **2.3.1.2.6. Reincidencia abierta o sobreagravada por la naturaleza del delito**

Este tipo de reincidencia está caracterizada porque:

(...) en determinados delitos de alto injusto penal cometidos por el agente, el tercer requisito se abre para ser indiferente el plazo de 5 años, computándose la reincidencia sin límite de tiempo, sólo contrapuesta por los términos de prescripción de la ley penal y de la pena, y por el máximo de 35 años que el artículo 29 contempla para las penas privativas de libertad temporales, que limitan normativamente los efectos temporales de la reincidencia.

Así, el autor resalta que el plazo de 5 años no resulta siempre aplicable, continuando con que:

Caracteriza, también, esta variedad sobreagravada, su intensa descarga punitiva, ya que la norma autoriza al juez para aplicar pena tasada incrementándola en no menos de dos tercios por encima del límite legal máximo e incluso se toman en cuenta para calificar esta modalidad de reincidencia los antecedentes ya cancelados (cuestión de por sí inconstitucional y abiertamente violatorio del Estado Constitucional de Derecho), prohibiéndose la aplicación de beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Esta modalidad de reincidencia

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 764

constituye una expresión de derecho penal de enemigo y un eclipsamiento de los estándares propios del derecho penal moderno.

De lo anteriormente acotado, podemos señalar que este tipo de reincidencia se caracteriza por su dureza y un alto carácter represivo.

#### **2.3.1.3. Naturaleza jurídica**

Se debe establecer que la reincidencia, tiene una naturaleza inminentemente subjetiva, pues hace referencia a la cualidad personas del autor, ser reincidente<sup>29</sup>. Según el Código Español mediante el artículo 22.8 establece que agrava la responsabilidad penal si la persona tiene la condición de culpa siendo reincidente. Al igual pasa en nuestra legislación del artículo 48-B del Código Penal, siendo una definición legal para determinar que persona es considerada como tal. Por esta razón consideramos que el vigente texto peruano, tiene en cuenta con eficacia sobre la reacción penal un tipo de delinciente, el autor reincidente.

#### **2.3.1.4. Diferencia entre Reincidencia y Habitualidad.**

La principal diferencia es el tiempo y la cantidad de delitos, siendo que en la habitualidad es necesario que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en el plazo mencionado. De igual forma, la habitualidad requiere que los delitos sean de la misma naturaleza, lo cual no ocurre en el caso de la reincidencia que en nuestra legislación, es genérica.

#### **2.3.1.5. La reincidencia como consecuencia jurídica del delito.**

Se debe establecer que al ser considerado como reincidente en nuestra legislación tendrá como consecuencia jurídica, el incremento de la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado por el tipo penal, constituyendo para ello como una agravante cualificada.

---

<sup>29</sup> MARTINEZ DE ZAMORA, A. “La Reincidencia”. Publicaciones de la Universidad de Murcia. 1971, p.67

### **2.3.1.6 Reincidencia como la eliminación de beneficios penitenciarios.**

Aunque se debe establecer que la ley N° 30076 de fecha 19 de agosto del 2013, elimina los beneficios penitenciarios, empero a raíz de la publicación del 30 de diciembre del 2016, apertura los beneficios penitenciarios de redención por el trabajo de estudio a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o de estudio. Asimismo en relación a la semilibertad no se le otorga al reincidente, empero para el beneficio penitenciario de semilibertad, si se le otorgará pero previo cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

### **2.3.2. Reincidencia en la doctrina penal peruana**

#### **2.3.2.1. Doctrina peruana.**

a) Fidel Rojas Vargas reconoce que la reincidencia nace como una manera de hacer frente a los altos índices de comisión delictiva, puesto que señala que:

La reincidencia en el delito constituye, sin duda uno de los fenómenos sociales de mayor interés y actualidad en el discurso académico y la política criminal de los Estados, habiendo adquirido un rol protagónico ante la creciente inseguridad ciudadana que ha colocado en tela de juicio la eficacia de los sistemas tradicionales de prevención general y especial así como la lucha misma contra el delito<sup>30</sup>.

Sin embargo, manifiesta su desacuerdo por considerarla sobrepunitiva o excesiva, al indicar que:

Nuestra legislación sobre reincidencia y habitualidad ha terminado por ser, visto el contexto comparado, una de las más hipernormativas y desbordantes, sobrepunitivas e ingenuamente optimistas- acerca de sus niveles de eficacia y eficiencia respuestas político criminales. En efecto, de ser una más de las circunstancias generales de agravación modificadoras de pena de perfil bajo, ha pasado a constituirse en una circunstancia calificada

---

<sup>30</sup> *Ibíd*em, p. 761



especial de incremento significativo de pena (al igual que la habitualidad) por fuera de los delimitadores punitivos del artículo 45 (...)<sup>31</sup>.

Finalmente, refuerza su posición en contra del modo de aplicación de la reincidencia, manifestando:

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<sup>32</sup>.

b) Percy García Cavero, 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 46B del Código Penal.

c) Por su parte 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*”<sup>33</sup>.

Continúa el autor mencionando a Carrara, quien señala 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

---

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 762

<sup>32</sup> *Ídem.*

<sup>33</sup> PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Volumen I. Parte General. S/E, Lima, 1983, p. 273



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 decir, Carrara señala que no se trata de 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.

Continúa el autor señalando que el acento colocado por la reincidencia se encuentra en la tendencia al delito existente en los delincuentes<sup>34</sup>. No obstante señala que:

Para desarraigar una predisposición al delito no es bastante un mero aumento de pena en los delitos que se repiten, sino que es menester un conjunto de medidas que sustraigan al individuo del ámbito en que se ha desarrollado su hábito delictivo, que lo reeduquen para adaptarlo a las exigencias de una vida en sociedad y ordenada y honesta, y que le procuren los medios para que pueda vivir y perseverar en un plano ajustado a las exigencias del Derecho<sup>35</sup>.

En consecuencia, podríamos señalar que el autor se encuentra a favor de la figura de la reincidencia, como una respuesta ante el nuevo delito cometido, siempre que ésta no sea la única reacción, siendo necesarias otras reformas para garantizar la reeducación del individuo.

d) José Hurtado Pozo y Víctor Prado Saldarriaga tienen una posición claramente en contra de la figura de la reincorporación de la reincidencia en nuestro ordenamiento pena, toda vez que señalan 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

---

<sup>34</sup> Cfr. *Ibíd*em, p. 273

<sup>35</sup> Cfr. *Ídem*.



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)<sup>36</sup>.

Su crítica se basa en la confusión existente en la redacción de la norma, la cual incluso ha sido objeto de un Acuerdo Plenario aclaratorio, como desarrollaremos más adelante.

e) Eduardo Oré Sosa considera que la reincidencia vulnera los principios de *ne 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 resultan inoperantes<sup>37</sup>.

Asimismo, refuerza su posición señalando que:

El art. 46-B del CP recoge un supuesto de reincidencia genérica y real. Es genérica, por cuanto el legislador no exige que el segundo delito sea de igual o semejante naturaleza, bastará con que se trate de un delito doloso. Es real, por cuanto se exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta por el primer delito. En este punto, hemos de criticar el hecho de que la Ley 30076

---

<sup>36</sup> HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Cuarta edición, Lima: IDEMSA, 2011, p. 335

<sup>37</sup> ORE SOSA, Eduardo. Ob. Cit., p. 18





amplíe el ámbito de aplicación de la reincidencia, pues si antes el legislador tomaba como presupuesto el cumplimiento [total o parcial] de una condena a pena privativa de libertad, hoy este se extiende a cualquier tipo de pena. En la misma lógica de aplicar esta agravante cualificada a las faltas, el legislador sigue extendiendo esta figura a delitos de bagatela<sup>38</sup>.

Podemos ver entonces que su posición se basa en que nuestra norma estaría tomando en cuenta cualquier tipo de pena, extendiendo la figura a delitos de bagatela, hecho que sería innecesario. Finalmente, manifiesta que debería tomarse en cuenta un criterio restringido, al manifestar que:

Postulamos pues una interpretación restrictiva de esta agravante cualificada, a pesar de que la redacción de la norma, en este punto, es imprecisa. De estar ante un delito distinto, así se encuentre incluido dentro de la lista de delitos configuradores de una reincidencia cualificada, entendemos que se debe apreciar solo el supuesto de reincidencia básica.

### **2.3.3. Reincidencia en la jurisprudencia penal peruana**

#### **2.3.3.1. Resoluciones resaltantes**

##### **2.3.3.1.1 Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional, en la sentencia correspondiente al Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0014-2006-PI/TC, del 19 de enero de 2017 respecto a la Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N.º 28726, Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46º, 48º, 55º, 440º y 444º del Código Penal, y el artículo 135º del Código Procesal Penal<sup>39</sup>, se manifestó respecto a la reincidencia y a la habitualidad, declarando infundado el pedido de inconstitucionalidad.

---

<sup>38</sup> Ídem

<sup>39</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 0014-2006-PI/TC, 19 de enero de 2017. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2006-AI.html>. Fecha de consulta: 12 de marzo de 2007

Entre los aspectos resaltantes de la resolución tenemos las siguientes:

- ***La reincidencia y el principio ne bis in ídem***

*“23. (...) el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si 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 ne bis in ídem. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. 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.*

*24. El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración- no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento- no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio ne bis in ídem”.*

Como vemos el Tribunal Constitucional no considera a la reincidencia como vulneradora del Principio *ne bis in ídem* toda vez que no se trataría de un doble juzgamiento, sino que se considera para fines de graduar la pena del nuevo delito cometido.



- **La reincidencia y el principio de culpabilidad**

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

*27. Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. Pero esto no puede llevar a identificar o confundir una con otra, pues de lo contrario se estaría entrando al terreno del principio ne bis in ídem, que se refiere al tema de la sanción. La reprobación es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la pena es un acto estatal sancionatorio.*

*30. De lo vertido se desprende que –tipificado previa y claramente el delito y cometido éste- el Estado se encuentra legitimado y limitado para sancionar únicamente la conducta en que consiste el delito y no otra circunstancia adicional; es decir, resultan susceptibles de sanción sólo aquellos comportamientos que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal. El principio de legalidad penal, entonces, restringe la actuación del Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el análisis de cualquier otra conducta que no se halle expresamente plasmada en la norma penal.*



37. *Ha sido señalado que la reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado. El principio de culpabilidad clásico previsto para delitos comunes exige que el grado de reprobación de una persona por un acto ilícito sea configurado desde la valoración de tal acto y no de otro. En virtud de este principio, el límite para saber qué conductas deben evaluarse y cuáles no, lo establece el propio tipo penal que subsuma la conducta. Esto acarrea la proscripción de evaluar circunstancias ajenas a la conducta descrita en el tipo penal, como podrían ser otros delitos anteriormente perpetrados.*

38. *Pero el principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito "A", la figura de la reincidencia faculta al juez para evaluar otros delitos anteriormente cometidos, a los que llamaremos "B", para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe "B", esto constituirá un elemento que agravará la reprobabilidad del delito "A", y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel una reprobación mucho mayor que la que le correspondería si se considerase el delito "A" de modo aislado.*

39. *Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2º, inciso 24, literal "f", 37º, 140º y 173º de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculcado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por*

*tal argumento, la Ley N° 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional”.*

Así, vemos como nuestro Tribunal Constitucional considera que la reincidencia no viola el principio de culpabilidad, al ser una condición que eleva la reprobabilidad del sentenciado, tomando en cuenta sus antecedentes delictivos.

- **La reincidencia y el principio de proporcionalidad**

*“41. Es evidente que los comportamientos de las personas que se tipifiquen como delitos y el establecimiento de la pena que corresponda a ellos, constituirá una intervención en los derechos fundamentales por parte del legislador, por cuanto la Constitución reconoce, por un lado, el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2º, inciso 24) el cual se concreta también en el hecho de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esto no significa, sin embargo, que las intervenciones del legislador o las restricciones que recaigan en los derechos fundamentales sean ilimitadas o absolutamente abiertas, sino, por el contrario, que estas deben ser plenamente justificadas – proporcionales– respecto a la protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes o valores constitucionales.*

*42. Siendo ello así, se debe aplicar en el control constitucional de los artículos modificados por la Ley N° 28726 el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso, a fin de determinar la legitimidad constitucional de la disposición antes aludida. En primer lugar, se debe efectuar el análisis a la luz del principio de idoneidad. Este subprincipio exige que la ley penal, dado que interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo; lo cual exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de*



*algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.*

*43. A juicio de este Tribunal, los artículos modificados cumplen con el subprincipio de idoneidad. En efecto, el legislador ha previsto, a través de tal disposición, un objetivo constitucionalmente legítimo si se considera que son deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, de acuerdo con el artículo 44º de la Constitución. Asimismo, es claro que existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido.*

*44. En segundo lugar, el subprincipio de necesidad impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado. Desde esta perspectiva, cabe evaluar si es que el legislador debió advertir la existencia de otras alternativas igual de idóneas pero menos gravosas que las introducidas en la Ley N° 28726. Este Tribunal estima la inexistencia de otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura penal de la reincidencia y habitualidad en el delito, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad– como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger.*

*45. En tercer lugar, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Este Tribunal advierte que la Ley N° 28726 cumple también*





*con este subprincipio. Y es que así como el Estado constitucional de Derecho tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el de terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros.*

*47. La cuestión, por tanto, de si la adjudicación de una pena a una persona reincidente ha cumplido o no su finalidad, no es una cuestión ajena a la sociedad democrática. Ella tiene un interés sustancial en conocer si la ejecución de la pena ha cumplido con los objetivos perseguidos por el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. En definitiva, el Tribunal es de la opinión que la intervención del legislador en el derecho a la libertad personal, a través de las disposiciones modificatorias en la Ley N° 28726, no infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso; por lo que dicha ley ha de ser considerada como constitucionalmente legítima”.*

De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, la reincidencia resulta una figura que no vulnera el principio de proporcionalidad, puesto que tiene un fin legítimo de acuerdo a nuestra carta magna, dado que entre otros requisitos, el Estado debe velar no solo por la libertad personal sino también por otros bienes jurídicos importantes.

#### **2.3.3.1.2. Corte Suprema de Justicia**

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 437-2014 se pronunció respecto a la reincidencia, señalando que:

*Sexto: Cabe precisar que el recurrente (...) cuestiona la constitucionalidad de la institución jurídica de la reincidencia, solicitando se realice un control difuso de la norma y no se aplique al caso concreto; sin embargo, existe ya un pronunciamiento del*



*Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 0014-2006-PI/TC, del 19 de enero de 2007, en la cual indicó que dicha figura jurídica no es inconstitucional, ni vulnera el principio del ne bis in ídem, ni es incompatible con el principio de culpabilidad, toda vez que el reincidente no recibe por el primer delito una pena adicional ni una agravación de ésta; y el acto delictivo perpetrado en un segundo momento tampoco es objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada, como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal y su legitimidad se encuentra en proteger a la población de amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general”<sup>40</sup>.*

Bajo estos argumentos, la Corte Suprema declaró inadmisibles el recurso presentado, coincidiendo su posición con la expuesta por el Tribunal Constitucional.

#### **2.3.4. Reincidencia en nuestra legislación actual: Código Penal de 1991**

En este Código Penal, se proscribió la figura de la reincidencia. Ello se explicó en la Exposición de Motivos de dicho Código, texto que reproducimos a continuación:

(...) 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

---

<sup>40</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Casación N° 437-2014, 2015. <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c821be804ae145c29df7fd800cb0746a/CASACI%C3%93N+N%C2%BA+437+-+2014+-+AREQUIPA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c821be804ae145c29df7fd800cb0746a>. Fecha de consulta: 15 de abril de 2017





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 (...) <sup>41</sup>.

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,*

---

<sup>41</sup>En APAZA HUISA, Lali. “La reincidencia y habitualidad ¿Política criminológica de lucha contra el crimen o expresión del derecho simbólico?” *Universidad San Martín de Porres*.

[http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos\\_2016/reincidencia\\_politica\\_criminologica.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos_2016/reincidencia_politica_criminologica.pdf)

Fecha de consulta: 13 de abril de 2017



*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.

#### 2.4. Interpretación de la ley penal

Es necesario referirnos a la manera en que la ley penal es entendida y por ende aplicada. Así, la interpretación de la ley penal apunta a resolver un problema de significación al modo de "un hacer mediador, por lo cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático"<sup>42</sup>. Entonces, puede decirse que la labor de interpretar está relacionada a hallar el verdadero sentido y finalidad que el legislador buscaba al momento de elaborar la norma.

La interpretación constituye una actividad fundamental relacionada a la ley penal, puesto que *“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”*<sup>43</sup>. Por ello, no podríamos concebir la existencia de la ley penal sin que ésta pueda ser sometida en determinado momento a la tarea interpretativa.

Dicha tarea se halla en manos del juez, tratándose por dicha razón de una *“tarea eminentemente jurisprudencial”*<sup>44</sup> y básicamente consiste en *“analizar el supuesto de la realidad y comprobar si es subsumible en un tipo legal del delito (proceso de subsunción)”*<sup>45</sup>.

##### 2.4.1. Clases de interpretación de la ley penal.

A continuación desarrollaremos los tipos de interpretación penal, o, dicho de otra manera, los métodos que utiliza el juez para encontrarle sentido a la ley penal:

---

<sup>42</sup> LARENZ, Karl. Citado por VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ara Editores, 2014, p. 193

<sup>43</sup> POLANCO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal Parte General*. Lima: ARA Editores, 2015, p. 206

<sup>44</sup> Ídem

<sup>45</sup> Ídem

#### **2.4.1.1. Según el intérprete.**

##### **2.4.1.1.1 Interpretación auténtica.**

La interpretación auténtica es “*aquella que realiza el Poder Legislativo del cual surgió la norma. Puede obrar la interpretación auténtica en los preámbulos, en la exposición de motivos, y de su recurrencia a ellos surgirá el sentido de la ley pena*”<sup>46</sup>. Ello implica que serán los propios legisladores o dadores de la norma, los encargados de parametrar los alcances de la misma.

La interpretación auténtica, se denomina así debido a su naturaleza obligatoria y puede estar expuesta a contingencias concretas, terminando por desnaturalizar la ley precedente<sup>47</sup>, es decir existe el riesgo de que la finalidad de la ley precedente sea alterada.

##### **2.4.1.1.2. Interpretación judicial o jurisprudencial.**

Es aquella realizada por *jueces y tribunales con ocasión de aplicar la ley interpretada al caso singular*<sup>48</sup>.

A diferencia de la interpretación auténtica, la interpretación judicial no es obligatoria, y es ejercida por aquellos que tienen como misión la aplicación de las respectivas leyes penales: los jueces.

##### **2.4.1.1.3. Interpretación doctrinal.**

Es el tipo de interpretación que llevan a cabo *los juristas, estudiosos de Derecho, profesores y publicistas, sin más intereses que el desempeñar el sentido de la ley*<sup>49</sup>.

Al igual que la interpretación judicial, esta tampoco es obligatoria, y constituye el trabajo realizado por los académicos, quienes buscan

---

<sup>46</sup> VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit. p. 196

<sup>47</sup> Cfr. Ídem

<sup>48</sup> Ibídem, p. 197

<sup>49</sup> ídem



analizar el sentido de la norma para servir, por poner algunos ejemplos, como fuentes de consulta e incluso para la enseñanza.

#### **2.4.1.2 Según los medios.**

##### **2.4.1.2.1. Interpretación lingüística o literal.**

Tiene que ver con la expresión lingüística utilizada por el legislador para la construcción del texto y contiene el sentido espontáneo y natural de la norma<sup>50</sup>.

##### **2.4.1.2.2. Interpretación teleológica.**

Nos encontramos ante una interpretación teleológica, cuando lo que se busca al realizarla es encontrar la finalidad de la norma.

A decir de Larenz, citado por Villa Stein, la interpretación teleológica puede ser subjetiva u objetiva dependiendo de si se busca la *ratio legis* en la voluntad histórica-psicológica del legislador, o si se realiza dicha búsqueda en el sentido inherente a la ley misma<sup>51</sup>.

##### **2.4.1.2.3. Interpretación histórica.**

Llamada así por cuanto el intérprete, para conocer el sentido de la ley, recurre a fuentes legislativas tales como la exposición de motivos, debates parlamentarios, informe de la comisión revisora y redactora, etc<sup>52</sup>.

Así, mediante esta interpretación se pretende encontrar la razón por la que una norma fue elaborada, tomando en cuenta el contexto social o histórico en el que fue emitida.

##### **2.4.1.2.4. Interpretación sistemática.**

Este tipo de interpretación se presenta cuando “*se analiza la norma penal en el contexto jurídico-general de manera que, sin sacrificar*

---

<sup>50</sup> Cfr. Ídem

<sup>51</sup> Cfr. Ibídem, p. 201

<sup>52</sup> Cfr. Ibídem, p. 202

*la peculiaridad del Derecho penal, se le estudia como coherente y compatible con todo el orden jurídico en su conjunto*<sup>53</sup>.

En esta interpretación no se concibe a la norma de manera aislada, sino como parte de un sistema integrado de leyes.

### **2.4.1.3 Según los resultados.**

#### **2.4.1.3.1 Interpretación extensiva o amplia.**

Es aquella en la que se le da al texto legal una interpretación *omnicomprensiva de una gran variedad de hipótesis*<sup>54</sup>.

Dicho de otro modo, en la interpretación extensiva pueden contemplarse una diversidad de conceptos, que son incluidos en uno solo.

#### **2.4.1.3.2. Interpretación restrictiva.**

Ocurre cuando *la fórmula lingüística de la norma penal es amplia y genérica, de suerte de poder reclamar una variedad de hipótesis conductuales ampliando indebidamente el ámbito de punibilidad*<sup>55</sup>.

Este tipo de interpretación es una garantía contenida en nuestra Constitución Política, que prohíbe en su artículo 139 la analogía en materia criminal.

#### **2.4.1.3.3. Interpretación progresiva.**

La interpretación restrictiva se da cuando *en relación con otra interpretación posible, resulta un ámbito de aplicación más reducido y más restringido el ámbito de punibilidad*<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Ídem

<sup>54</sup> Ídem

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 203

<sup>56</sup> Ídem

#### 2.4.2. Los límites a la interpretación de la ley penal

Anteriormente desarrollamos los tipos de interpretación desde distintos puntos de vista, sin embargo, debemos resaltar que dicha labor debe ejercerse dentro de una serie de límites, los cuales desarrollaremos a continuación, no sin antes mencionar que *la interpretación de la ley penal no puede contradecir, por un lado, los principios constitucionales vigentes y, por otro lado, tampoco puede olvidarse que constituye el medio de reacción jurídica más gravoso*<sup>57</sup>.

##### 2.4.2.1. La Conformidad con la Constitución

En primer lugar, encontramos que toda interpretación debe estar acorde con lo contemplado en la carta magna, así las leyes penales deberán interpretarse en consonancia con ella y si se presentaras varias posibilidades de interpretación, se considerará aquella que se acerque más a los preceptos constitucionales<sup>58</sup>.

Así como toda ley no puede ni debe contradecir a la Constitución, de igual forma debe hacerlo la labor interpretativa, la cual debe ser llevada a cabo “*conforme a los valores constitucionales, de manera que, por un lado, se prohíba una interpretación de la ley penal que supere los límites establecidos por la Constitución y, por otro, se establezca la regulación constitucional como criterio de interpretación de elementos del tipo generales o indeterminados*”<sup>59</sup>.

##### 2.4.2.2. El tenor literal de la ley penal

El segundo límite, de acuerdo a García Caveró, es el tenor literal de la ley penal, el cual *determina que la interpretación judicial solamente puede llegar hasta donde lo permita el tenor literal de la ley penal interpretada*<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> GARCIA CAVERO, Percy. Ob. Cit. p. 302

<sup>58</sup> Cfr. Ídem

<sup>59</sup> Ibídem, p. 303

<sup>60</sup> Ibídem, p. 304

### 2.4.2.3. La interpretación restrictiva

De acuerdo a este límite, *el significado de los elementos del tipo debe reducirse a su núcleo de significación*<sup>61</sup>. En párrafos anteriores mencionamos que se trataba de una forma de interpretación garantizada por la Constitución al prohibir la analogía en materia penal.

## 2.5. La pena

En palabras de Avalos Rodriguez, *“se trata de la consecuencia jurídica del delito más antigua e importante”*<sup>62</sup>.

Antigua, de acuerdo a este autor, porque su aparición coincide con la aparición del derecho penal y puede relacionarse con las tribus y sus métodos sancionadores para aplacar a sus dioses, así como con lo ocurrido en la Edad Media y los métodos utilizados para controlar a los súbditos. Así, el autor considera que el nacimiento del Derecho Penal se encuentra marcado por la aparición de la pena. Asimismo, la importancia se ve reflejada en que la pena constituye un medio de control social a la que se acude con mayor frecuencia para responder y prevenir ataques futuros los bienes jurídicos penalmente protegidos<sup>63</sup>.

Podemos señalar entonces que la pena constituye la respuesta que se da a la violación de un bien jurídico, el cual se halla estrechamente relacionado con los medios de control social que buscan prevenir la comisión de nuevas conductas delictivas.

### 2.5.1. Teorías de la pena

#### 2.5.1.1. Teorías Absolutas.

Denominadas así por los criterios esencialistas que las fundamentan, según los cuales hay valores absolutos como el de la justicia, que puede derivar degradándose, en justiciera. Se basan en la posición de Hegel,

---

<sup>61</sup> *Ibíd*em, p. 305

<sup>62</sup> AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. *Determinación Judicial de la Pena Nuevos criterios*. Primera Edición. Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal, 2015, p. 78

<sup>63</sup> Cfr. *Ídem*, p. 79





quien sostenía que la pena es la retribución natural a quien ha delinuido y por tanto constituiría un medio restaurador del orden jurídico<sup>64</sup>.

Así, esta teoría se basa en que la pena constituye una forma de retribuir el daño causado a un bien jurídico, una especie de venganza a nuestro entender.

#### **2.5.1.2. Teorías Relativas.**

De acuerdo a estas teorías, la pena se impone persiguiendo determinado fin, el cual resulta útil tanto para el infractor como para la sociedad<sup>65</sup>. De esta manera, la pena no solo tiene carácter retributivo, sino que busca la prevención de futuros delitos.

Así, la finalidad de la pena será de prevención individual o especial, cuando apunte a persuadir a la persona de que continúe con sus conductas delictivas<sup>66</sup>. Es decir, la pena buscará terminar con las conductas delictivas del sentenciado.

Nos encontraremos frente a la prevención general, cuando la pena tenga por finalidad intimidar a la sociedad y sus miembros de manera que se abstengan de cometer actos delictivos<sup>67</sup>. O sea, la pena no solo busca influir en quien cometió un delito, sino también en los potenciales criminales.

#### **2.5.1.3. Teorías Unitarias**

Se les conoce también como “Teorías de la unión”, puesto que pretenden armonizar las teorías absolutas con las relativas, afirmando que la pena debe ser tanto útil como justa, es decir debe reprimir pero a la vez prevenir futuras conductas.<sup>68</sup>

Creemos que estas teorías buscan establecer un punto medio, de manera que la finalidad de la pena sea la sanción de la conducta, pero también un medio que permita evitar la comisión de nuevos delitos.

---

<sup>64</sup> Cfr. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., p. 146

<sup>65</sup> Ídem

<sup>66</sup> Ídem

<sup>67</sup> Ibídem, p. 147

<sup>68</sup> Ibídem, p. 150

## 2.6. Determinación de la pena

La determinación de la pena puede ser legal, si nace de la ley, o judicial en el momento en que es establecida por el juez.

La determinación legal es establecida por el legislador, y tiene carácter abstracto, esperando que sea proporcional a la gravedad abstracta del delito<sup>69</sup>.

La determinación judicial de la pena consiste en la actividad realizada por el juez para adecuar la pena genérica dispuesta por el legislador al caso específico que se encuentra analizando. En primer lugar, se realiza una determinación cualitativa que busca determinar qué tipo de pena se implantará, y en segundo lugar, se realiza una determinación cuantitativa, que busca determinar el quantum de la pena<sup>70</sup>.

Así, nos encontramos ante una actividad que tiene dos estadios, el que se establece por el legislador de manera general y posteriormente la que se produce al momento de evaluar qué pena será aplicada al caso concreto.

### 2.6.1. Criterios básicos de determinación

De acuerdo a Villa Stein, son tres los criterios básicos para determinar la pena: culpabilidad, preventivo general y preventivo especial.

#### 2.6.1.1. El criterio de culpabilidad

Este criterio sirve para fundamentar y limitar la pena. De igual manera permite excluir criterios de 'peligrosidad', 'personalidad' o 'responsabilidad por el carácter' que fueran utilizados en Códigos Penales anteriores<sup>71</sup>.

#### 2.6.1.2. El criterio preventivo general

En palabras de Villa Stein, *la contingencia aversiva en que consiste la pena fiabiliza la tesis llegada al ciudadano de que el derecho penal objetivo, es uno de advertencia*<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 574

<sup>70</sup> *Ídem*

<sup>71</sup> Cfr. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit. p. 573

<sup>72</sup> *Ídem*



En este caso se busca evitar la comisión de delitos mediante la influencia que puede ejercer la existencia de una pena en el comportamiento de los ciudadanos.

### **2.6.1.3. El criterio preventivo especial**

Al momento de imponerse una pena, debe tomarse en cuenta las necesidades de reeducación y resocialización del infractor<sup>73</sup>, dependiendo siempre del tipo de delito cometido.

### **2.6.2. Etapas de la determinación judicial de la pena.**

La primera de ellas es la identificación de la pena conminada, que consiste en:

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<sup>74</sup>.

En segundo lugar, tenemos a la individualización de la pena concreta, la cual se produce después de que se haya determinado su extensión mínima y máxima, y el juez procede a individualizar la pena concreta tomando en cuenta las circunstancias relevantes del caso concreto<sup>75</sup>.

### **2.6.3. Tipos de pena**

De acuerdo a lo establecido por el Código Penal de 1991, existen 4 clases de pena, las cuales *han sido agrupadas según los bienes o derechos que por definición se ven afectados con su imposición*<sup>76</sup>.

Las penas existentes son: la pena privativa de libertad, la pena restrictiva de libertad, la pena limitativa de derechos y la pena de multa.

---

<sup>73</sup> Cfr. *Ibíd*em, p. 574

<sup>74</sup> HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. *Ob. Cit.*, p. 326.

<sup>75</sup> *Ídem*

<sup>76</sup> AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. *Ob. Cit.*, p. 82



## 2.7. Sistema de Penas

### 2.7.1. Penas privativas de libertad.

Constituye *la restricción del derecho a la libertad de desplazamiento de la persona que ha sido encontrada judicialmente responsable de la realización de un comportamiento criminal mediante su internamiento a un establecimiento penitenciario (...)*<sup>77</sup>.

Esta pena constituye un medio importante destinado al control social y una respuesta frente a la comisión de delitos. Al respecto, Mapelli Caffarena, citado por Avalos, señala que:

“El Estado sigue sin encontrar otra forma de respuesta frente a los delitos de gravedad media y alta”<sup>78</sup>.

Siendo un instrumento importante de control estatal, el Estado debe procurar que la aplicación de las *penas privativas de libertad de la manera que resulte menos lesiva para la dignidad de la persona humana y mas idónea para el logro de los fines que las sanciones criminales deben perseguir (...)*<sup>79</sup>.

Sin embargo. No se trata únicamente de ello, sino también es necesario e incluso más importante, en palabras de Avalos, que el Estado restrinja el uso de la cárcel, reservándola únicamente para aquellos casos en los que no haya otra salida, es decir aplicar la pena privativa de libertad como última ratio<sup>80</sup>.

#### 2.7.1.1. Tipos de Pena Privativa de Libertad

##### 2.7.1.1.1. Cadena perpetua

El Código Penal de 1991, originalmente establecía en su artículo 29 la posibilidad de imponer únicamente penas privativas de libertad temporales<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Ídem

<sup>78</sup> Ibídem, p. 83

<sup>79</sup> Idem

<sup>80</sup> Cfr. Idem

<sup>81</sup> “La pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de veinticinco años”

Sin embargo, mediante el Decreto Ley N° 25475, se reintrodujo en el Código Penal, la pena privativa de libertad de cadena perpetua, para sancionar a los agentes del delito de terrorismo que pertenezcan al grupo dirigenal de la organización que integren grupos encargados de la eliminación física de personas indefensas<sup>82</sup>.

Posteriormente se estableció este tipo de pena para otro tipo de delitos, pasando de ser un mecanismo de lucha antiterrorista, a ser *un medio de lucha contra la criminalidad en común*<sup>83</sup>.

#### **2.7.2.1.2. Pena privativa de libertad temporal**

De acuerdo al artículo 29 del Código Penal peruano, la pena privativa de libertad temporal tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años, siendo la fijación de límites temporales un medio que permite complementar el marco penal legal en los delitos en los que el legislador únicamente ha fijado uno de los límites de la sanción para cada delito particular<sup>84</sup>. Es decir, cuando únicamente se ha fijado un mínimo o un máximo en los delitos descritos por el Código Penal.

#### **2.7.2. Pena restrictiva de libertad (expulsión del país)**

Originalmente, nuestro Código Penal establecía dos tipos de penas restrictivas de libertad: las sanciones de expatriación en el caso de nacionales y la expulsión, cuando se tratase de extranjeros; siendo la primera abrogada el año 2009.

La expulsión como pena restrictiva de libertad:

Importa un recorte del derecho general de la persona humana a la libertad de desplazamiento en su manifestación de derecho al libre tránsito imponiéndole límites a su ejercicio, pero sin excluirlo (como ocurre en las penas privativas de libertad); además de significar

---

<sup>82</sup> Cfr. AVALOS RODRIGUEZ, Constante Carlos. Ob. Cit., p. 84

<sup>83</sup> Ídem

<sup>84</sup> Cfr. Ibídem, pp. 88-89

una privación de los derechos a permanecer y a (re)ingresar en el territorio nacional<sup>85</sup>.

Este tipo de pena restringe la libertad, pero no por completo pues que solo limita el libre tránsito en el territorio nacional.

### **2.7.3. Penas limitativas de derechos**

Se trata de un grupo de consecuencias jurídico criminales que restringen o privan el ejercicio de derechos de diversa índole, tales como políticos, profesionales, familiares entre otros<sup>86</sup>.

En este caso nos encontramos frente a penas que no tienen que ver con el derecho a la libertad, sino que surten efectos sobre otros tipos de derechos.

#### **2.7.3.1 Tipos de penas limitativas de derechos**

##### **2.7.3.1.1 Prestación de servicios a la comunidad**

El artículo 34 del Código Penal establece:

“La pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas”.

Los servicios mencionados serán asignados, conforme a las aptitudes del condenado debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados y domingos, de modo que no se perjudique la jornada normal del trabajo habitual del sentenciado aunque también se puede autorizar la prestación de los servicios en días hábiles, computándose la jornada correspondiente. La pena se extenderá de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales y los lugares y supervisión del desarrollo de la prestación

---

<sup>85</sup> Cfr. *Ibíd*em, p. 92

<sup>86</sup> Cfr. *Ibíd*em, pp. 95-96

de servicios serán asignados mediante procedimientos establecidos por ley<sup>87</sup>.

#### **2.7.3.1.2. Limitación de días libres**

Establecida en el artículo 35 del Código Penal, de la siguiente forma:

“la limitación de días libres consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, por un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas en total por cada fin de semana, en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario”.

Esta pena se extenderá de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de limitación semanales y durante su aplicación el condenado recibirá orientaciones tendientes a su rehabilitación<sup>88</sup>.

#### **2.7.3.1.3. Inhabilitación**

Esta pena que implica la privación de ciertos derechos personales, económicos, sociales o políticos del condenado.

Históricamente, esta pena:

Poseía un carácter infamante, encontrando su máxima expresión en la muerte civil, es decir, la privación total de los derechos civiles de la persona: el condenado perdía la honra, la nobleza, la patria protestad, la autoridad marital, sus derechos patrimoniales, entre otros. El sujeto que sufría esta sanción era considerado como muerto para toda la vida jurídica<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Cfr. *Ibíd*em, pp. 98-99

<sup>88</sup> *Ibíd*em, p. 104

<sup>89</sup> *Ibíd*em, p. 111



#### 2.7.4. Pena de multa

La pena de multa es de naturaleza patrimonial y constituye una consecuencia jurídico criminal de los delitos de naturaleza pecuniaria, mediante la cual se impone al condenado la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero en favor del Estado<sup>90</sup>.

### 2.8. Otras fuentes respecto a la reincidencia.

#### 2.8.1. Acuerdos Plenarios

a) El Acuerdo Plenario Nro. 01-2008 /CJ-116, del 18 de julio del 2008 estableció criterios hermenéuticos vinculantes respecto a la aplicación de la reincidencia, algunos de los cuales mencionamos a continuación:

- *Procesalmente debe considerarse dos requisitos.* 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. 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<sup>91</sup>.
- *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

---

<sup>90</sup> *Ibíd*em, p. 115

<sup>91</sup> HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. *Ob. Cit.*, p. 336.





compatible con el históricamente se fijaba en el art. 111 del CP de 1924. (...) El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente<sup>92</sup>.

- 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)<sup>93</sup>.
- *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 aplicará dicha pena<sup>94</sup>.

Asimismo, en el fundamento 12° del Acuerdo, se estableció como requisitos para la calificación de reincidencia, los siguientes:

- Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad... se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad con carácter efectiva.
- Los delitos antecedente y posterior han de ser dolosos...

---

<sup>92</sup> Ídem

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 337

<sup>94</sup> Ídem



- No hace falta que el delito posterior sea de la misma naturaleza, se trata de una reincidencia genérica.
  - El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad, es de cinco años 5. Es una circunstancia personal e incommunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra<sup>95</sup>.
- b) En el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ -116, del 16 de noviembre del 2010, se ha hecho referencia a los efectos de la reincidencia en faltas, llegando a los siguientes criterios de interpretación<sup>96</sup>:
- La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe 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.

---

<sup>95</sup> En: APAZA HUISA, Lali. Ob.Cit.

<sup>96</sup> *Ibíd*em, p. 339

### 2.8.2. Doctrina internacional

a) Martínez de Zamora, autor español, defiende una posición respecto a la reincidencia, que sería distinta de la mantenida por gran parte de la doctrina, que *suele ver en la reincidencia la demostración, indicio, revelación o síntoma de una cualidad, condición, carácter o aptitud especial del sujeto* (cita omitida)<sup>97</sup>.

Asimismo señala que:

Una contemplación del sujeto es imprescindible al examinar la reincidencia, en cuanto la situación de reidad es el presupuesto imprescindible de la misma. (...) La reincidencia no es más que recaída, cuyo concepto requiere una situación anterior: ya caído y advertido para que no vuelva a caer. El reproche se dirige al delincuente por el disvalor implícito en cada recaída en sí misma considerada, pero no pueden reprochársele presuntas cualidades demostradas mediante la recaída y preexistentes a la reincidencia como tal, si éstas no intervienen en el delito ni modifican su intrínseco disvalor, aunque con él se pongan de manifiesto. Como alguien ha dicho con exactitud, el derecho penal castiga la maldad del acto, no la maldad de su autor (cita omitida), lo que significa, en términos más precisos, que las cualidades del sujeto que deben tomarse en cuenta para el juicio de culpabilidad son sólo aquéllas que efectivamente influyan en el disvalor de la conducta criminal.

Así, este autor no considera que la reincidencia sea una manera de evaluar al sujeto, sino el hecho de haber recaído en el camino del delito.

b) Jiménez de Asúa, de acuerdo a lo referido por Christian Tantaleán considera que:

La reincidencia constituye un concepto tendiente a desaparecer, para ser substituido por el de la habitualidad; y de ahí que no deba

---

<sup>97</sup> MARTINEZ DE ZAMORA, Antonio. "La reincidencia", en *Anales de la Universidad de Murcia*. Volumen XXVIII, Número 1-2-3-4, 1970, p. 166.  
<http://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/104371/99291>. Fecha de consulta: 12 de marzo de 2017.



reputarse como circunstancia ni de agravación ni de atenuación de la pena; puesto que demuestra que el delincuente habitual es insensible a la sanción, y se mantiene en un estado de peligrosidad del cual hay que defenderse con medidas especiales. Ello lleva implícito algo más que una agravante: la eliminación o el encierro perpetuo<sup>98</sup>.

c) Para Carrara, la reincidencia es una consecuencia de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria. Así, la reincidencia no agrava el nuevo delito, sino que la pena del primero no ha servido como defensa ni como pena que permitan evitar la comisión de nuevos delitos<sup>99</sup>

d) Zaffaroni por su parte señala que de la reincidencia, se pasó al concepto de habitualidad, cuya diferencia radicaría en que el “el «habitual» sería algo así como el Reincidente «desahuciado» y, por ende, sometido a una segregación o a un tratamiento intensivo”<sup>100</sup>.

Señala asimismo este autor que la reincidencia y la habitualidad son desviaciones del recto camino del derecho penal de garantías, caminando la primera por la vertiente del discurso penal de peligrosidad y la segunda por la del derecho penal de culpabilidad y de tipo de autor.

---

<sup>98</sup> TANTALEÁN ODAR, Christian. “Reincidencia y Ne bis in ídem (La inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° de la Ley N° 28726”. En *Derecho y cambio social*, 2007.  
<http://www.derechocambiosocial.com/revista009/reincidencia.htm> Fecha de consulta: 16 de abril de 2017

<sup>99</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Parte General, Volumen II. Bogotá: Ed. Temis, p.121.

<sup>100</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Reincidencia*. La Habana: s/e, 1990.  
[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20160808\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160808_03.pdf) Fecha de consulta: 02 de diciembre de 2016.

## CAPÍTULO III RESULTADO Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS

### 3.1. Resultados del Estudio

Como vimos en líneas anteriores, la reincidencia en el delito constituye, sin duda uno de las problemáticas sociales de mayor interés y actualidad en el discurso académico y la política criminal de todos los Estados, habiendo adquirido un rol protagónico ante la creciente inseguridad ciudadana que ha colocado en tela de juicio la eficacia de los sistemas tradicionales de prevención general y especial así como la lucha misma contra el delito, buscando que la pena sea nuevamente “la retribución por el hecho cometido” y no la reinserción del penado hacia la sociedad.

Es una realidad innegable, que la delincuencia es uno de los peores problemas con las cuales enfrenta el Estado Peruano. Por tanto, el tema de la delincuencia, tiene intereses tanto sociológico, criminológico, jurídico penal como penitenciario; esferas todas del pensamiento socio-jurídico que lo estudian desde distintas perspectivas de enfoque: analítico, histórico, sistemático, por sus efectos, etc. En el Perú los índices de reincidencia son alarmantes y han dado lugar a la irrupción de un derecho social de defensa que en varios de sus hitos se convierte en derecho del enemigo, puesto que considera al imputado como un mal no regenerable.

Por el crecimiento de la delincuencia y la poca política criminal existente en nuestro país, es que el legislador vio por conveniente reinsertar los institutos jurídicos de la reincidencia y habitualidad, que han terminado por ser, visto el contexto comparado, una de las más hipernormativas y desbordantes, sobrepunitivas e ingenuamente optimistas- acerca de sus niveles de eficacia y eficiencia<sup>101</sup>. Respuestas político criminales. En efecto, de ser una más de las circunstancias generales de agravación modificadoras de pena de perfil bajo, 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

---

<sup>101</sup> LIBRO: ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal Parte General. Comentarios y jurisprudencia*. RZ Editores, Lima, 2016, pp. 761.



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 del Tribunal Constitucional en el Expediente N°0014-2006-PE/TC<sup>102</sup>, quedo desestimada, bajo los siguientes fundamentos:

*“Teniendo en cuenta que el demandante denuncia la inconstitucionalidad de la reincidencia por atender contra el principio ne bis in ídem, resulta imperioso conocer el contenido de este principio para luego contrastarlo con los alcances de la reincidencia, de modo que se pueda identificar la existencia de lesión sobre aquél. El principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, o principio ne bis in ídem, ha sido tratado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2050-2002-AA/TC (fundamento 2) donde señaló que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 139º, numeral 3 de la Constitución. Esta pertenencia y dotación de contenido se produce en virtud de la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

*En la referida sentencia se sostuvo que el principio ne bis in ídem 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*

---

<sup>102</sup> Fundamentos del 19 al 24 del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 0014-2006-PI/TC



*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. Este Tribunal la ha desarrollado en el fundamento 3.a de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2050-2002-AA/TC antes mencionada, en los siguientes términos:*

*En su formulación material, el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.*

*El principio del ne bis in ídem material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de lex praevia y lex certa que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos –como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, fundamento 6– a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.*

*Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo*





*y a un solo sujeto perpetrador. Si 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 ne bis in ídem. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. 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.*

*El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración- no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento- no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio ne bis in ídem”.*

Dicha concepción al parecer definida por el Tribunal constitucional, al decir que la ley que incorpora la reincidencia y la habitualidad no vulneraban el principio constitucional de ne bis in ídem, empero el Tribunal Constitucional no analiza el fondo de la nomenclatura legislativa para determinar si la ley penal, es clara, precisa y cierta. Por ello, el Acuerdo Plenario 1-2008 determino, que la ley penal sobre reincidencia no estaba bien establecida; por ende, su necesaria interpretación.

Empero, después de varias modificaciones al Código Penal, entre ellas la publicada mediante la Disposición del Decreto Legislativo N° 1181 del 27 de junio del 2015, se vuelve la necesaria e imperiosa necesidad de evaluar nuevamente el texto normativo, desde los alcances históricos, teleológicos y sistemáticos, 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

Las presentes líneas, reflexionaremos sobre los hallazgos encontrados en la presente investigación en relación a las posiciones de la reincidencia. Para ello se analizará las posiciones sobre la reincidencia:

#### 1. SOBRE LA NO APLICACIÓN DE LA REINCIDENCIA.

La exposición de motivos del Código Penal de 1991, prescribe:

*“Reincidencia y Habitualidad Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto de Código Penal, los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. 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), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233 inc. 11 de la Carta Política. 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 de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social”.*

En este entender, los creadores del Código Penal buscaron que la reincidencia y habitualidad, era: a) Incongruente con el precepto constitucional, puesto que no puede sancionar dos veces a una persona por un mismo hecho, b) Pertenece

a una forma draconiana de sancionar a una persona por sus antecedentes, c) Incongruentes con los fines constitucionales.

Aunque, desde nuestra perspectiva lo que buscaban los elaboradores del código penal, es prevalecer el derecho penal de acto y no de autor, por tanto cualquier tipo de sancionar a una persona como reincidente, constituiría como reincidente. Además debemos agregar que la pena ciertamente, tiene una función retributiva y una prevención general, empero lo más resaltante es la prevención especial; por ello, creemos que la reincidencia constituye una responsabilidad del Estado, puesto que no cumplió con su finalidad de resolución.

## 2. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA REINCIDENCIA.

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, 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.***

*Artículo 46°-C- Habitualidad*

*Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal."*

Nótese que el texto inicial de la reincidencia y habitualidad, determinaba como reincidencia aquel que en todo o parte de una condena privativa de la libertad, incurre en nuevo delito doloso; lo que hacía prever que la reincidencia estaba estipulada solo para la primera clase de pena contemplada en el artículo 28 del Código Penal, siendo para penas privativas de la libertad efectiva o suspendida.



Aunado a ello, se debe precisar que 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, empero se desprendía que, si el condenado cancelaba sus antecedentes penales, ya no podía ser considerado como reincidencia. Empero tras varias discusiones doctrinales, pero más políticas, 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. ANALISIS DEL ACUERDO PLENARIO.

Qué duda cabe que los Acuerdos Plenarios, sirven para generar espacios de análisis y debate, es su vertiente teórica y práctica, para unificar los diferentes criterios nacionales sobre una institución. 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. Por ello, es que nace el Acuerdo Plenario sobre la reincidencia y habitualidad, aunque para su época fue una revolución doctrinal, al establecer requisitos no establecidos por la ley, bajo los principios de idoneidad y necesidad, es que ahora resulta necesario resaltar sus aspectos teóricos para definir nuestra posición.

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. Dicha procesos de inconstitucionalidad seguido por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, teniendo los siguientes argumentos:

*“Con fecha 21 de marzo de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se la declare infundada en todos sus extremos, argumentando que la ley impugnada no vulnera los derechos constitucionales invocados en la demanda.*

*Sostiene que al haberse modificado el artículo 46°, que se refiere al momento de la determinación de la pena, se ha puesto en cuestionamiento la dimensión material del principio ne bis in ídem, para verificar si existe una doble sanción en el supuesto en que el juez tenga en consideración “la habitualidad del agente del delito” y la “reincidencia”; que, en consecuencia, sólo podrá hablarse de reincidencia o de habitualidad partiendo de la comisión de un “nuevo delito doloso”, lo que quiere decir que la pena a imponerse no está dirigida a sancionar a alguien “por un delito por el cual ya ha sido sancionado o absuelto”; y que el Estado está ejerciendo su función punitiva sobre ese nuevo delito doloso que ha cometido el agente, lo cual no representa una nueva sanción. Agrega que tampoco se puede afirmar que existe una vulneración del principio del ne bis in ídem en su versión procesal, pues no existe un doble juzgamiento del primer delito cometido por el que ya se fue condenado, en caso de reincidencia, ni frente a un doble juzgamiento de los anteriores delitos en el caso de habitualidad en el delito, ya que lo que se juzga es un “nuevo delito doloso”, cuya comisión hace que, según los antecedentes del agente, se configure la reincidencia o la habitualidad, que solo constituyen circunstancias agravantes.*

*Respecto al derecho constitucional a la igualdad, en el que la parte demandante cuestiona las modificaciones que la Ley N° 28726 introduce a los artículos 46°, y 440°, incisos 5 y 7 del Código Penal, así como al artículo 135° del Código Procesal Penal, argumenta que el solo hecho de que se produzca un tratamiento diferente por causas objetivas y razonables, como cuando se produce la reincidencia y la habitualidad, no supone un atentado a la igualdad ante la ley o, dicho de otro modo, una intervención en la prohibición de discriminación; que en el deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos se encuentra*



*incluido el deber de sancionar; y que la posibilidad de que el Estado, a través de su órgano jurisdiccional, sancione con más severidad la frecuencia en la comisión de los delitos dolosos, constituye un medio conducente a lograr que el Estado cumpla con su deber primordial, que es “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y, a la vez, desterrar la impunidad, que a su vez se traduce en la obligación del Estado de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.*

*Asimismo, en cuanto a la violación del derecho de presunción de inocencia, aduce que tanto la reincidencia como la habitualidad habrán de incidir al momento de la determinación de la pena, es decir, al momento en que ya se ha probado la culpabilidad del procesado, con lo que queda desvirtuada la presunción de inocencia al haberse producido la prueba en contrario; y que sólo se puede hablar de reincidencia y habitualidad partiendo del supuesto que se ha cometido un “nuevo delito doloso”, lo cual implica que anteriormente se ha cometido por lo menos un delito doloso”.*

*Agrega que, en este caso, es indiscutible que se iniciará un nuevo proceso penal, pero en el cual no se presumirá la culpabilidad del procesado por el hecho de haber cometido uno o más delitos dolosos anteriormente, sino que se presumirá su inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad, momento en el cual se configurará, dependiendo de cada caso en concreto, un supuesto de reincidencia o de habitualidad, que habrán de constituir circunstancias agravantes”*

Dicha pretensión, fue desestimada por el Tribunal Constitucional declarando INFUNDADA dicha pretensión.

Por ello, Acuerdo Plenario Acuerdo Plenario N° 1-2008 –reincidencia, habitualidad y determinación de la pena- analiza en su fundamento 10) describe 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.

Además el Acuerdo Plenario determina que la reincidencia y habitualidad, como circunstancias cualificadas de agravación, deben aplicarse tomando en cuenta su función represiva diferenciada, así como la distinta construcción normativa y de efectividad punitiva que a cada una de ellas les ha dado el legislador. Pero también dichas disposiciones deben estar acorde con los preceptos generales del Código Penal, la Constitución y los Tratados internacionales. Agrega que la reincidencia es una institución tan polémica, que la finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto.

En consecuencia, determina a la reincidencia con los siguientes requisitos:

- 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.





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<sup>103</sup>.

#### 4. ANALISIS DE LA POSICIÓN DOCTRINAL.

a) Fidel Rojas Vargas 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

---

<sup>103</sup> HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Ob. Cit., p. 336.



intensificada- en los núcleos de diseño penal a fin de controlar la incesante ola de delincuencia que asola el territorio nacional<sup>104</sup>.

b) Percy García Cavero, 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 46B del Código Penal.

c) Por su parte 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”. Empero, 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.

d) José Hurtado Pozo y Víctor Prado Saldarriaga tienen una posición claramente en contra de la figura de la reincorporación de la reincidencia en nuestro ordenamiento pena, toda vez que señalan 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).

---

<sup>104</sup> LIBRO: ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal Parte General. Comentarios y jurisprudencia*. RZ Editores, Lima, 2016, pp. 762.

Su crítica se basa en la confusión existente en la redacción de la norma, la cual incluso ha sido objeto de un Acuerdo Plenario aclaratorio, como desarrolló anteriormente.

e) Eduardo Oré Sosa considera que la reincidencia vulnera los principios de ne 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 resultan inoperantes.

### **3.3. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos**

#### **3.3.1. Introducción.**

Reincidir en el delito significa entre varias cosas el fracaso de los fines resocializadores de la pena -como diría Santiago MIR PUIG la piedra de toque de un sistema penal la apuesta por el delito por parte del agente infractor, así como la crisis del derecho penal liberal que vio en el interno la víctima del leviatán estatal al cual había que defender contra dicho monstruo multiforme e implacable<sup>105</sup>.

Este leviatán debe ser controlado, por ende es necesario basarnos en el principio de proporcionalidad, puesto que:

La actuación del Estado con respecto a la regulación de un determinado ámbito de la vida de la persona, no puede ser absolutamente irrestricta e ilimitada. Por el contrario, la misma debe

---

<sup>105</sup> MIR PUIG, Santiago. *La reincidencia en el Código Penal*, Editorial Bosch, Barcelona: 1974, p. 9.



encontrarse ajustada a los parámetros que la constitución política fija en tal sentido, en el caso concreto de la limitación de derechos fundamentales, la misma debe ajustarse a los principios establecidos en la norma fundamental, en materia penal (intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad, legalidad)(cita omitida), para que dicha afectación sea legítima y posteriormente los cuestionamientos que recaigan sobre ella no pueden ser atendidos<sup>106</sup>.

Es necesario entonces valerse de un instrumento que permita determinar si alguna medida resulta legítima o no, y dicho instrumento es el principio de proporcionalidad, a través del cual:

Tanto el legislador al momento de crear la norma (proporcionalidad en sentido abstracto) como el magistrado al momento de aplicarla (proporcionalidad concreta), legitiman la afectación de un derecho fundamental del ciudadano, a través de los tres filtros (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)<sup>107</sup>.

De esta manera podemos observar cómo el principio de proporcionalidad se presenta tanto en el momento de nacimiento de la norma, como en el momento de su aplicación.

Históricamente y conforme señala AGUADO CORREA, citado por HUAMÁN CASTELLARES, señala que “la idea de limitación del poder estatal y la noción de proporcionalidad se remontan a la antigüedad”<sup>108</sup>, sin embargo, conforme indica BERNAL PULIDO, citado también por HUAMÁN CASTELLARES, “no es sino hasta el momento del surgimiento de la ilustración que puede hablarse propiamente de un primer periodo de desarrollo del principio de proporcionalidad”<sup>109</sup>.

Es entonces durante la época de la ilustración, que como consecuencia del pensamiento filosófico de la época:

---

<sup>106</sup> HUAMAN CASTELLARES, Daniel O. *El Sistema Jurídico Penal*. Lima: Editores del Centro, 2016, p. 89.

<sup>107</sup> Ídem.

<sup>108</sup> AGUADO CORREA, Teresa. En *Ibídem*, p. 90.

<sup>109</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. En *Idem*.



los ciudadanos consideraban válido que el estado pueda limitar el ejercicio de su libertad, pues de esa forma el ejercicio de sus libertades se encontraba en una situación mejor que la del denominado “Estado de Naturaleza”. Por ende, para evitar excesos en dicha posibilidad del estado de limitar los derechos fundamentales, es que se hacía necesario de un criterio jurídico que sirva de baremo objetivo para determinar cuando la afectación era o no legítima<sup>110</sup>.

Así, conforme relata el autor HUAMÁN CASTELLARES, el primer estado que incluyó de manera oficial el principio de proporcionalidad, fue Prusia. Dicho principio inicialmente:

Fue ideado para el Derecho de Policía (cita omitida), pasando posteriormente a ser un referente obligatorio del resto de sistemas que incluía el Derecho Público, tales como el Derecho Penal (cita omitida)<sup>111</sup>.

Posteriormente, señala el referido autor, que:

De la mano de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, (cita omitida) el principio de proporcionalidad comenzó a destacar precisamente como el criterio para legitimar las diversas limitaciones a los derechos fundamentales (cita omitida). En 1958 se emite la primera sentencia que habla precisamente de la denominada prohibición en ex eso, la cual es la denominada “Sentencia sobre las farmacias”, (cita omitida) logrando consolidar en las siguientes sentencias el principio de proporcionalidad<sup>112</sup>.

Para finalmente mencionar que:

Asimismo, es importante destacar que la constante construcción de este principio no ha sido un producto derivado de la labor exclusiva de la jurisprudencia alemana, sino que su estructura y contenido también han tenido influencia de la jurisprudencia norteamericana

---

<sup>110</sup> Ídem.

<sup>111</sup> Ídem.

<sup>112</sup> *Ibíd*em, p. 91

(en especial de la corte suprema de estados unidos de américa) (cita omitida) y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (cita omitida)<sup>113</sup>.

A. El principio de idoneidad.

El principio de idoneidad es el que primero debe analizarse en el test de proporcionalidad. Al respecto nos dice HUAMAN CASTELLARES que:

En este sus principios deben verificarse si la intervención que ha de realizar es adecuada para lograr un objetivo que goza de validez en un plano constitucional. A su vez, dentro de este análisis, tienen que superarse dos exigencias claras (cita omitida). En primer lugar, tenemos a la identificación de un fin constitucionalmente legítimo, es decir, que la razón por la cual ha de realizarse la restricción del derecho fundamental no se encuentre prohibida expresa o implícitamente por la constitución (cita omitida). Por ejemplo, no se tendrá como un fin constitucionalmente legítimo el implementar una medida que promueva la intervención del estado ahí donde ya existe una intensa inversión privada, pues ello afectaría el principio de intervención subsidiaria del estado en la actividad económica empresarial. En segundo lugar, tiene que verificarse que la intervención estatal es adecuada para llevar a cabo el fin legítimo propuesto, es decir, que la medida a aplicar debe contribuir a la realización del fin (cita omitida). Este análisis es estrictamente casual, solo es necesario verificar la relación de causa y efecto entre el fin constitucional y la medida que se desea aplicar<sup>114</sup>.

Resumiendo, podríamos indicar que la idoneidad tiene que ver con dos aspectos fundamentales: la legitimidad de la restricción de derechos, así como la pertinencia de la medida que se pretende adoptar.

Siguiendo con el tema de la idoneidad, tenemos que el examen que dicho principio implica en el sistema penal:

---

<sup>113</sup> Ídem.

<sup>114</sup> Ibídem, p. 92



En primer lugar, en lo referente al fin constitucionalmente legítimo. Este se va a diferenciaren función al ámbito del sistema penal en el cual se vaya a concretar la norma, dado que cada uno de los tres subsistemas (sustantivo, procesal y de ejecución) posee finalidades distintas. En segundo Lugar, se ha de analizar si la medida promueve o no la finalidad constitucional que se busca. Ergo, nuevamente, estamos frente a un análisis de estricta casualidad, cuya principal característica es la ausencia de valoración de la medida promovida. Dicho proceso valorativo será analizado en la siguiente fase, cuando se deba analizar la necesidad de la medida y el análisis de ponderación en sentido estricto.

En el caso concreto del análisis de la constitucionalidad de la norma penal sustantiva, se tiene que partir de la finalidad que la misma tiene y si se corresponde o no con un objetivo constitucionalmente protegido. Sobre este punto – la determinación del objeto de protección de la norma penal: bien jurídico (cita omitida) o expectativa normativa (cita omitida) nos pronunciaremos en el siguiente capítulo, la norma penal debe cumplir esta finalidad general, que según como se mire puede ser la protección de bienes jurídicos o la protección de la vigencia de la norma penal. Para determinar ellos el operador jurídico deberá verificar si el ordenamiento jurídico constitucional promueve o permite o prohíbe el objeto de protección tutelado en la norma penal. Para ilustrar este punto nos valdremos de dos recientes incorporaciones al Código Penal: El delito de sicariato (cita omitida) y el delito de maltrato animal. (Cita omitida).

En el primer caso, con el sicariato, el legislador pretende sancionar la afectación ilegítima a la vida de la persona, la misma que tiene un plus de lesividad que se funda en el lucro obtenido por la muerte de la víctima. Independientemente de las múltiples críticas que pudieran tener en torno a la necesidad de tipificar una conducta que le ordenamiento jurídico ya preveía, es necesario analizar si este





delito y su sanción tienen amparo en una finalidad constitucional, lo cual es evidente, pues el mismo busca la protección del derecho a la vida. Por tanto, en este extremo, este delito superara el primer filtro del análisis de proporcionalidad.

Mucho más polémico es el caso del delito de maltrato de animales, el cual constituye el segundo supuesto a analizar. En la doctrina comparada existe una discusión muy encendida en torno a si este delito tiene o no un objeto de protección, lo cual resulta de gran importancia práctica si tomamos en cuenta que este delito ya se encuentra presente en diversas legislaciones (cita omitida). Se considera que una acción como esta afecta los sentimientos humanos de estima al animal o, especialmente por las convicciones culturales humanas de protección a dichos seres (cita omitida). Asimismo, también se considera que a través de este delito se busca proteger al patrimonio de las personas (caso de animales domésticos – cuyo propietario es una persona concreta – o silvestres – cuyo titular es el Estado), o a las mismas personas (nuevamente sus sentimientos). Finalmente, es posible determinar que el objeto de protección es el animal en si mismo. En lo que a nuestro análisis corresponde, para determinar el primer paso en el posible análisis de constitucionalidad de este delito, lo que debe hacerse es determinar si existe o no una finalidad constitucional que es promovida con el objeto de protección. De todos los objetos de protección, el que sería más fácil de ser sustentado constitucionalmente, sería el segundo, pues la propiedad tiene una protección penal constitucional. Mucho más compleja, al menos en el estado actual del debate y debido a la visión que se tiene con respecto a los animales, pero avizoramos que en un futuro no muy lejano esta tendencia será revertida, sería el sustentador una finalidad constitucional en la protección del animal – como sujeto autónomo – en sí mismo<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> *Ibíd*em, p. 92-95



Por otra parte, en el ámbito procesal penal:

la finalidad se encuentra en relación al derecho fundamental que es el *telos* de la medida a implementar. Para graficar ello, podemos analizar las recientes modificaciones al proceso inmediato (Decreto Legislativo 1194), que tienen como efecto la puesta real en vigencia del mismo. Estas medidas tienen como objeto que, en el caso de supuestos en los que el ámbito de debate sobre la responsabilidad penal del procesado sea muy reducido, se acorte la duración del proceso penal.

Para determinar si estas medidas cumplen o no con el análisis de idoneidad, es necesario verificar si existe o no tras de las mismas una finalidad constitucional que se encuentres promoviendo. A nuestro entender, esta finalidad sería la puesta en vigencia real del principio de celeridad procesal, el cual goza de respaldo constitucional. Superado este primer punto, debe verificarse si la medida constituye o no a la realización de la celeridad procesal, independientemente de que estas medidas puedan afectar o no otros derechos (este análisis será realizado en la ponderación en sentido estricto) o existan medidas más eficientes y menos lesivas (a analizarse en el principio de necesidad)<sup>116</sup>.

Para explicar de mejor manera el examen de idoneidad, HUAMAN CASTELLARES realiza un análisis del proceso inmediato, manifestando que:

Si el objeto de la investigación es realizar los actos de convicción que permitan adoptar una decisión al fiscal sobre la situación jurídica del investigado, y ya el Fiscal cuenta con dichos elementos, entonces sería contrario al principio de celeridad procesal que no emita un pronunciamiento cuando ya ha adquirido esa convicción. Claro está, existirían supuestos que podrían ser tomados en cuenta para que el Fiscal retrase esa decisión (la garantía del derecho de defensa por ejemplo), pero cuya relevancia –de cara al análisis de

---

<sup>116</sup> *Ibíd.*, p. 95



constitucionalidad de la norma- solo será analizada posteriormente. Por ende, en un análisis de estricta idoneidad de la presente norma, se llega a la conclusión de que la norma sería idónea para promover la finalidad procesal, estando suspendida su constitucionalidad a la superación del test de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto<sup>117</sup>.

#### B. El principio de necesidad.

En segundo lugar, encontramos que parte del principio de proporcionalidad, implica realizar un examen del principio de necesidad, al cual podemos remitirnos únicamente si el primer punto ha sido analizado de manera positiva.

Al respecto, HUAMAN CASTELLARES señala que:

Por necesidad ha de entenderse que la medida por la cual los Estados se encuentran interviniendo, será la más benigna entre todas aquellas que son idóneas para alcanzar el fin propuesto.

En el plano de la norma penal, como acertadamente AGUADO CORREA sostiene (cita omitida), se ha de determinar si la conducta penal cumple o no con el principio de mínima intervención. Según este principio, no todo objeto de protección precisa de atención para el Derecho Penal. Existen objetos de protección que, por su escasa relevancia para el ordenamiento jurídico, no necesitan de una protección penal, razón por la cual puede prescindirse el análisis de los mismos o tutelarse por otro sector del Derecho como el Derecho Administrativo Sancionador. Dentro del principio de intervención mínima existen otros dos subprincipios, cuya comprobación debe ser realizada para determinar la necesidad de la conducta.

En primer lugar, tenemos el denominado principio de subsidiariedad, según el cual, solo ha de acudir a la norma penal

---

<sup>117</sup> *Ibíd.*, p. 96

cuando sea estrictamente necesario, siendo el último recurso al cual debe llegar el Estado para lograr la protección del bien jurídico.

En segundo lugar, se ha de verificar que la norma penal cumpla con el principio de fragmentariedad, el cual exige que la criminalización de una conducta penal solo ha de realizarse cuando la afectación al bien jurídico protegido sea intensa su puesta en peligro sea grave.

En el ámbito de la norma procesal, si quiere analizarse la idoneidad de la medida, deberá verificarse si existen o no otras alternativas que sean tan eficientes para alcanzar el objetivo, pero que sean menos lesivas. A diferencia del principio de idoneidad, aquí si se realiza un análisis de valoración, pues se da una comparación entre la medida y las otras que pudieran existir<sup>118</sup>.

Resumiendo, en base al principio de necesidad, se debe verificar el cumplimiento de los principios de mínima intervención, así como el de fragmentariedad, para garantizar que la única solución se encuentra en la intervención del Derecho Penal, no existiendo otras alternativas.

### 3.3.2. Sobre la reincidencia.

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, que cualquier persona sentenciada por cualquier clase de pena, sea privativa de la libertad, limitativas de

---

<sup>118</sup> *Ibíd*em, p. 96-97



derechos, restrictiva de la libertad y/o multa, incurre en nuevo delito en un periodo de 5 años, será considerado reincidente.

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.

Como establecimos en líneas anteriores, la idoneidad significa que ley penal debe guardar concordancia con la constitución política del Estado, quién este último en el numeral 22 del artículo 139, determina que el 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 penitenciarios, por tanto para hablar de reincidente, primero no se debería hablar de cualquier clase de pena como establece el artículo 46-B del Código Penal, puesto que dicho precepto coaliciona directamente con el precepto legal establecido en líneas anteriores.

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 ¿resulta necesaria la medida establecida por el Estado?

Pongamos el siguiente ejemplo: Un condenado a un año de prisión por haber cometido el delito de conducción en Estado de ebriedad (art. 274. C.P.) Por ende es sentenciado a pena suspendida en su ejecución por el lapso de un año. Empero a los 11 de meses de los hechos materia de la primera sentencia, comete nuevamente otro delito por daño simple (art. 205, C.P.); en consecuencia, su conducta será considerado como reincidente conforme lo establece el artículo 46-B del CP, estableciéndose las siguientes:

- 1) El no poder someterse a una pena suspendida en ejecución, puesto que no cumpliría el tercer presupuesto del artículo 57 del C.P. siendo su pena por el delito de daños a pena efectiva de la libertad.



- 2) Conforme lo establece el artículo 48-B en su seguro párrafo, la reincidencia constituye una agravante cualificada, por la cual el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado por el tipo penal.
- 3) Si bien es cierto, con la ley N° 30076 no podría acceder a los beneficios penitenciarios de la redención de la pena por el trabajo o la educación, tampoco podría acceder a los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Empero, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1296, se debe establecer que la redención por el trabajo y estudio, sería a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o de estudio. En caso de la semilibertad le estaría prohibida, y por último en el caso de la liberación condicional, el interno tendría que cumplir la mitad de su pena, para poder solicitar dicho beneficio.

Como describimos, 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 efectiva de al libertad, puesto que en delitos menores las probabilidad de delinquir son menores y de menor afectación a la sociedad.

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.



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, 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.





## CONCLUSIONES

1. De acuerdo a la legislación y jurisprudencia analizada, no solamente aquel que ha cumplido la totalidad o una parte de una pena privativa de libertad efectiva por delito doloso es considerado reincidente.
2. La condición de reincidente puede ser atribuida también a la persona que haya cumplido la totalidad o parte de una pena privativa de libertad con carácter de suspendida, pese a que generalmente esta pena se aplica a delitos menores o conocidos como de bagatela.
3. Puede atribuirse la condición de reincidente a la persona que haya cumplido la totalidad o parte de una pena distinta a la pena privativa de la libertad, puesto que la ley así lo permite, ocasionando que incluso la figura de la reincidencia resulte aplicable en el caso de las faltas.
4. 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 todos los tipos de conductas (delitos y faltas) y menos para todos los tipos de penas existentes.

## RECOMENDACIONES

1. Consideramos que solamente debería poder considerarse reincidente a aquella persona que ha cumplido la totalidad o una parte de una pena privativa de libertad por delito doloso, puesto que en esta situación sí se justifica que se tomen en cuenta la condena por delitos anteriores, al tratarse de delitos de mayor relevancia penal.
2. 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.
3. 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 que tienen por pena una distinta como por ejemplo la pena de multa, dado que la naturaleza del delito no amerita ello.
4. 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 dolo 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**

APAZA HUISA, Lali. "La reincidencia y habitualidad ¿Política criminológica de lucha contra el crimen o expresión del derecho simbólico?" *Universidad San Martín* de *Porres*.

[http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos\\_2016/reincidencia\\_politica\\_criminologica.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos_2016/reincidencia_politica_criminologica.pdf) Fecha de consulta: 13 de abril de 2017

AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. *Determinación Judicial de la Pena Nuevos criterios*. Primera Edición. Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal, 2015.

ARMAZA GALDOS, Julio. "Influencia de los códigos penales españoles en la legislación peruana decimonónica". En NIETO, Adán (coordinador). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos : "in memoriam"*. Cuenca: Universidad de Salamanca [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20080612\\_09.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20080612_09.pdf). Fecha de consulta: 12 de abril de 2017.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Parte General, Volumen II. Bogotá: Ed. Temis, 1972.

CORREA GARCIA, Sergio José. "Definición y Caracteres de Reincidencia en Derecho Mexicano". En: *México Enciclopedia Jurídica Libre*, 2016. <http://mexico.leyderecho.org/reincidencia/> Fecha de consulta: 25 de abril 2017.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Casación N° 437-2014, 2015. <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c821be804ae145c29df7fd800cb0746a/CASACI%C3%93N+N%C2%BA+437+-+2014+-+AREQUIPA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c821be804ae145c29df7fd800cb0746a>. Fecha de consulta: 15 de abril de 2017

DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Proyecto de un código penal*. Boston: Hiram Tupper, 1828. En: [https://books.google.com.pe/books?id=lp4XAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.pe/books?id=lp4XAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false). Fecha de consulta: 12 de abril de 2017.



GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General*. Segunda Edición. Lima: Jurista Editores, 2012.

GOYENA HUERTA Jaime. “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”. En GOMEZ, Manuel (coordinador). *Comentarios del Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la Investigación*. Sexta Edición. México D.F : McGraw-Interamericana Editores, 2014.

HUAMAN CASTELLARES, Daniel O. *El Sistema Jurídico Penal*. Lima: Editores del Centro, 2016.

HUIDOBRO MARTINEZ, Sergio. “Algunos comentarios a la Ley N° 20.253 en materia de reincidencia” En *Revista ACTUALIDAD JURIDICA*, N° 18, Julio, 2008

HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Cuarta edición, Lima: IDEMSA, 2011.

IÑESTA-PASTOR, Emilia. “La reforma penal del Perú independiente: El Código penal de 1863”. En TORRES, Manuel (Editor). *Actas del xv congreso del instituto internacional de historia del derecho indiano*. Córdoba: Universidad de Córdoba, p. 1093.

<https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24884/1/CODIGO%20PENAL%20PERU%201863.pdf> Fecha de consulta: 12 de abril de 2017.

MARTINEZ DE ZAMORA, Antonio. “La reincidencia”, en *Anales de la Universidad de Murcia*. Volumen XXVIII, Número 1-2-3-4, 1970, p. 166. <http://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/104371/99291>. Fecha de consulta: 12 de marzo de 2017.

ORÉ SOSA, Eduardo. “El endurecimiento del derecho penal a través de las leyes 28726 y 28730”. *Revista Actualidad Jurídica*. Lima, 2006, Tomo 151

ORE SOSA, Eduardo. “Determinación judicial de la pena. Reincidencia y Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la ley 30076”. En *Instituto de Ciencia Procesal Penal, s/a*.

[http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/determinacion\\_judicial\\_de\\_la\\_pena\\_-\\_incipp.pdf](http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/determinacion_judicial_de_la_pena_-_incipp.pdf). Fecha de consulta: 29 de marzo de 2017



OSSA LOPEZ, María Fernanda. "Aproximaciones conceptuales a la reincidencia penitenciaria". En *Revista Ratio Juris*, Volumen 7, N° 14, 2012.

POLANCO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal Parte General*. Lima: ARA Editores, 2015.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Volumen I. Parte General*. S/E, Lima, 1983.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal Parte General. Comentarios y jurisprudencia*. Lima: RZ Editores, 2016.

SANHUEZA VILCHES, Daniela. "Análisis Jurisprudencial De La Reincidencia Impropia Y Quebrantamiento", Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015.

<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134691/An%C3%A1lisis-jurisprudencial-de-la-reincidencia-impropia-y-quebrantamiento.pdf?sequence=1>

Fecha de consulta: 21 de abril del 2017.

TANTALEÁN ODAR, Christian. "Reincidencia y Ne bis in ídem (La inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° de la Ley N° 28726)". En *Derecho y cambio social*, 2007.

<http://www.derechocambiosocial.com/revista009/reincidencia.htm> Fecha de

consulta: 16 de abril de 2017

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 0014-2006-PI/TC, 19 de enero de 2017. [http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2006-](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2006-A1.html)

[A1.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2006-A1.html). Fecha de consulta: 12 de marzo de 2007

VALENCIA-DONGO CÁRDENAS, Rafael. Proyecto de Ley N° 13535/2005-CR. *Proyecto de Ley que incorpora el artículo 46.B incorporando la figura de la*

*reincidencia como circunstancia agravante; y elimina la rehabilitación para quienes incurrir en ella (Complementa Proyecto de Ley N° 8543/2003-CR),*

2005. [http://www.justiciaviva.org.pe/normas/proyecto\\_de\\_ley/13535.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/normas/proyecto_de_ley/13535.pdf). Fecha

de consulta: 12 de abril de 2017.

VILCA, Roger. "Manuel Lorenzo de Vidaurre: el primer legislador sudamericano".

En *Legis.pe*. Enero, 2016. [http://legis.pe/manuel-lorenzo-de-vidaurre-el-primer-](http://legis.pe/manuel-lorenzo-de-vidaurre-el-primer-legislador-sudamericano/)

[legislador-sudamericano/](http://legis.pe/manuel-lorenzo-de-vidaurre-el-primer-legislador-sudamericano/). Fecha de consulta: 10 de abril de 2017.



VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ara Editores, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Reincidencia*. La Habana: s/e, 1990.

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20160808\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160808_03.pdf)

Fecha de consulta: 02 de diciembre de 2016.