

**UNIVERSIDAD NACIONAL DANIEL ALCIDES CARRIÓN**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO



**TESIS**

**Eficacia de la aplicación de las figuras de reincidencia y su  
Habitualidad como agravantes del Sistema Penal Peruano en el  
Distrito Judicial de Pasco - 2018**

**Para optar el Título Profesional de:**

**Abogado**

**Autor: Bach. Eldes Benedicto TOMAS HUAMAN**

**Asesor: Mg Miguel Ángel CCALLOHUANCA QUITO**

**Cerro de Pasco – Perú - 2019**

**UNIVERSIDAD NACIONAL "DANIEL ALCIDES CARRIÓN"**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS**

**Eficacia de la aplicación de las figuras de Reincidencia y Habitualidad como  
Agravantes del Sistema Penal Peruano en El Distrito Judicial de Pasco - 2018**

**Sustentada y aprobada ante los miembros del jurado:**

---

**Dr. Rubén Jaime TORRES CORTEZ**  
**PRESIDENTE**

---

**Mg. Wilfredo TORRES ALFARO**  
**MIEMBRO**

---

**Mg. José Luis YUPANQUI CORDOVA**  
**MIEMBRO**

## **DEDICATORIA**

A mis padres y en memoria de mi madre por haberme impartido los mejores valores desde mi infancia, y a toda mi familia por todo el apoyo y el amor que me brindaron para culminar esta etapa de mi vida.

## **RECONOCIMIENTO**

Considero oportuno agradecer a los profesores de la Escuela de Formación Profesional de Derecho y Ciencias políticas, de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión, quienes durante nuestra permanencia en las Aulas Universitarias me inculcaron a ser líder como estudiante y como profesional; aceptando los desafíos en este mundo turbulento y cambiante; de igual forma mostrar habilidad y competencia para afrontar el reto profesional con profesionalismo, dedicación y mucha perseverancia.

También un agradecimiento al **Mg. MIGUEL A. CCALLOHUANCA QUITO** por brindarme un asesoramiento en la presente tesis; tal es así que con su valioso aporte logramos terminar satisfactoriamente la presente investigación, que será un valioso aporte para la institución y la sociedad.

Finalmente queremos agradecer a los funcionarios así como Servidores de la Corte Superior de Justicia de Pasco (jueces y secretarios); así como a los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión, quienes tuvieron la amabilidad de contribuir a la presente investigación brindándonos la información solicitada; y que sin su contribución no hubiera sido posible desarrollar la presente investigación; a todos ellos nuestra sincera gratitud.

**EL AUTOR**

## RESUMEN

Se llevó a cabo una investigación cuyo objetivo fue establecer si era posible, luego de un exhaustivo análisis jurídico y de la legislación comparada, determinar en qué circunstancias pueden incorporarse las figuras de la reincidencia y habitualidad como presupuesto material de la pena privativa de la libertad a consecuencia de la ley 30076. Con este fin se elaboró un cuestionario para evaluar estos temas, el cual fue debidamente validado por criterio de jueces y cuya confiabilidad fue determinada por el Coeficiente Alpha de Cronbach. El cuestionario se aplicó a una muestra de 67 personas conformada por Jueces Civiles de Pasco: Secretarios de Juzgado; Abogados civiles y laborales de Pasco; Estudiantes de la Facultad de Derecho UNDAC; Especialistas varios. El tipo de investigación fue la investigación aplicada, el nivel de la investigación fue el explicativo causal, el diseño fue el no experimental y el diseño estadístico fue el de comparación de frecuencias con la Razón Chi Cuadrado, el método fue el cuantitativo aplicando los procedimientos analíticos y sintéticos. El procesamiento estadístico fue realizado con el programa estadístico SPSS versión 22 y se recurrió a la Razón Chi Cuadrado a fin de determinar cuál era la opinión predominante en cada pregunta y esta manera obtener un panorama general y detallado sobre el problema analizado. Se revisó el marco teórico referido a la reincidencia y habitualidad. Se establecieron las conclusiones del caso y se formularon las respectivas recomendaciones. Se planteó al respecto una propuesta legislativa en relación al tema.

**Palabras Clave:** Reincidencia, Habitualidad, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal.

## **ABSTRACT**

An investigation was carried out whose objective was to establish if it was possible, after an exhaustive legal and comparative legislation analysis, to determine under which circumstances the figures of recidivism and habituality can be incorporated as a material budget of the deprivation of liberty to consequence of the law 30076. To this end, a questionnaire was prepared to evaluate these issues, which was duly validated by the judgment of judges and whose reliability was determined by Cronbach's Alpha Coefficient. The questionnaire was applied to a sample of 67 people made up of Civil Judges of Pasco: Secretaries of the Court; Pasco civil and labor lawyers; Students of the UNDAC Law School; Various specialists. The type of research was applied research, the level of research was the explanatory cause, the design was non-experimental and the statistical design was that of frequency comparison with the Chi Square Reason, the method was quantitative applying the analytical procedures and synthetic. The statistical processing was carried out with the statistical program SPSS version 22 and the Chi Square Reason was used to determine what was the predominant opinion in each question and in this way obtain a general and detailed overview of the problem analyzed. The theoretical framework referred to recidivism and habituality was reviewed. The conclusions of the case were established and the respective recommendations were formulated. A legislative proposal in relation to the subject was raised in this regard.

**Keywords:** Recidivism, Habituality, Criminal Law, Criminal Procedure Law.

## INTRODUCCIÓN

La reincidencia, como agravante de la pena, es uno de los temas más polémicos en el campo jurídico y académico. Su aplicación ha sido cuestionada desde diversos enfoques, desde la dogmática penal como desde una visión político criminal. En el presente estudio se pretende justificar su desarrollo e inclusión en el ordenamiento jurídico penal, planteando criterios normativos que coadyuven a delimitarla, desarrollando como alternativa normativa un Proyecto de Ley con este propósito.

En el presente se aprecia un efecto expansivo del Derecho Penal, cuya característica esencial ha sido la flexibilización y, en algunos casos, la anulación de los principios del Derecho penal clásico. Por un lado, existe un sector de estudiosos que justifican y promueven la aplicación de estas medidas basadas en criterios de eficiencia y excepcionalidad. De otro lado, un importante grupo de estudiosos cuestiona severamente la legitimidad de una política criminal que endurece las reglas del Derecho Penal. Este es el contexto de la investigación: la reincidencia como agravante de la pena. No debe olvidarse que la reincidencia es una de las figuras tradicionales como agravante de la sanción penal y también una de las más discutidas. Así Agudo Fernández (2005)<sup>1</sup> señala:

“La reincidencia es una de las instituciones más controvertidas, tanto en lo que se refiere a su naturaleza jurídica como a su fundamentación en razón de los efectos que produce. Hoy, la situación no ha cambiado. En efecto, a pesar de su antigüedad, en

---

<sup>1</sup> AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique (2005) El principio de culpabilidad y la reincidencia Ven el Derecho español. Legis. Granada.

los últimos años se ha reforzado el debate en torno a la delimitación de su contenido, su alcance normativo, sus fundamentos, su legitimidad constitucional y su idoneidad para hacer frente a la necesidad social de seguridad”. (p. 56).

A pesar de que existen numerosos estudios que promueven su abolición y otras su atenuación, lo cierto es que se trata de una figura consolidada en diversas legislaciones. Su puesta en vigencia normativa en diversos países inició o reinició, el secular debate acerca de sus fundamentos y de sus límites.

Entre los autores que promueven su abolición se encuentran:

MIR PUIG (2016)<sup>2</sup> sostiene que es constitucionalmente inconveniente agravar la pena a una persona por reincidir. Por ello, señala que este agravante debería suprimirse o, por último, hacerse facultativa.

GONZÁLEZ-CUELLAR (2003)<sup>3</sup> considera que la existencia de múltiples propuestas que pretenden justificar la agravante de reincidencia es muestra de que ésta carece de fundamento. Este autor afirma que los defensores de la teoría abolicionista estiman que el delito es un acontecimiento objetivo desvinculado de su autor. Por ello, al imponer la pena correspondiente al delito, el hecho queda retribuido y, por tanto, satisfecha la deuda con la sociedad.

Entre los que sostienen que la reincidencia debe ser un agravante de la pena, consideran que la mayor sanción se explica en la mayor culpabilidad del

---

<sup>2</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte General, 10ª edición, Barcelona 2016, p. 638.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, Antonio (2003) La reincidencia. EEN COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.) La reforma del Código penal de 1983, tomo V, vol. 1, Madrid.

reincidente, otros en su peligrosidad, algunos en el mayor injusto cometido; también se han planteado propuestas explicándola tanto en razón de la insuficiencia de la sanción anteriormente impuesta como relacionándola con los fines que debe cumplir la pena; entre otras ideas.

Reincidir significa ‘recaer’ o ‘repetir’. El contenido de este concepto lo establece la legislación positiva para entenderlo. CERESO MIR (2006)<sup>4</sup> afirma que “en el lenguaje vulgar, reincidencia equivale a recaída en el delito, pero el concepto jurídico de reincidencia es más estricto, es preciso, para que se dé la agravante de reincidencia, que el sujeto, al tiempo de cometer el nuevo delito, hubiese sido condenado en sentencia firme por un delito anterior”. Por su parte MIR PUIG (1974)<sup>5</sup> sostiene que “la reincidencia es la comisión de una infracción penal por parte de quien, con anterioridad a ésta, ha sido condenado por otra infracción penal”. FRISCH (2014)<sup>6</sup>, define a la reincidencia como la “comisión renovada del hecho pese a las advertencias previas realizadas”.

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

Consideramos que, desde el plano fáctico, la conducta del reincidente podría constituir un hecho similar al cometido por el delincuente primario. Sin embargo, normativamente la conducta de quien volvió a delinquir es más grave, pues tal

---

<sup>4</sup> CERESO MIR, José, Obras completas, tomo I, Editorial Justitia. Lima 2006.

<sup>5</sup> MIR PUIG, Santiago, La reincidencia en el Código Penal, Barcelona 1974, p. 7.

<sup>6</sup> FRISCH, Wolfgang, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”(trad. Coca Vila), en InDret(3), 2014, p. 20

persona se volvió a enfrentar, de modo consciente y libre, al ordenamiento jurídico. Este mayor efecto desestabilizador también tiene una dimensión empírica que debe tenerse en consideración en el momento que se determina judicialmente la pena: el incremento de la inseguridad social. Y es que el “mensaje” enviado por el reincidente con la comisión del nuevo hecho se dirige a quienes se ven afectados inmediatamente por la comisión del delito y conllevaría, también, la alteración de la paz pública, esto es, la transformación de una situación de tranquilidad social en un estado real de inseguridad.

En estas circunstancias, el reincidente se convierte, a efectos de una probable imposición de pena más grave, en un sujeto calificado. La razón de tal posición especial se basa en la relación que tiene dicha persona con la norma que lo obliga a no repetir conductas delictivas o en el deber positivo de contribuir a brindar confianza en el sistema jurídico y seguridad en la sociedad. JIMÉNEZ DÍAZ (2006)<sup>7</sup> manifiesta que:

“Cuando el sujeto reincide, no sólo está cometiendo un nuevo delito sino que, además, está desobedeciendo el mandato ínsito que la previa condena le imponía de no volver a delinquir. Este acto de desobediencia o, lo que es lo mismo, la infracción del deber de no volver a delinquir, derivado de la condena anterior, determina un plus de reprochabilidad que se suma al que es consustancial por el nuevo delito”. (p. 71).

---

<sup>7</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, María José, Seguridad ciudadana y Derecho penal, Madrid 2006, p. 71:

Se afirma que el sujeto, al volver a delinquir, se hace acreedor de un mayor “reproche”, pues con el nuevo hecho delictivo manifestó nuevamente su “desprecio” u “oposición” al ordenamiento jurídico en general, cuestionando la vigencia de aquellas normas que regulan la convivencia social y brindan seguridad a los ciudadanos. De esta forma, el sujeto expresa una personalidad desviada y desaprobada por el Derecho. Según este enfoque, la reincidencia no afecta al injusto (ni lo agrava ni lo atenúa), sino supone una condición socialmente desvalorada, basada en la “insensibilidad” del sujeto quien pese a haber “sufrido la pena”, vuelve a delinquir. Es decir, la reincidencia se fundamenta en la renovada rebelión del sujeto hacia una ley cuya eficacia ha experimentado a través del juicio precedente”. El reincidente es rebelde pese a representarse lo grave (punible) de “su hacer”. Al respecto, CEREZO MIR (2006: 1029)<sup>8</sup> señala:

VIII

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

La reincidencia es una de las nociones más utilizadas por el sistema social para referirse a la problemática de la seguridad ciudadana, aunque se sepa poco sobre sus reales dimensiones y su incidencia. Puede decirse que la reincidencia alude a una repetición de una acción delictiva de un sujeto, no obstante, solo será reincidencia en el

---

<sup>8</sup> CEREZO MIR, José, Obras completas, tomo I, Editorial Justitia. Lima 2006.p. 1029.

momento en que el sistema penal tenga plena certeza de que dicha acción penalizada por la norma penal se ha realizado dos veces, y como segunda acepción, respecto al procedimiento judicial para la imposición de esa segunda sanción.

Es decir, para configurar la reincidencia, deben existir dos momentos (acciones) comprobadas y separadas entre sí por un tiempo determinado y al haber recibido las persuasiones por el Estado para no volver a cometer ilícitos, primordialmente en la primera de esas acciones. Con ello, se puede distinguir reincidencia de reiteración: La reiteración es la suma de acciones delictivas, las que pueden o no estar separadas por espacios temporales, pero en la cual no existe una sanción estatal que limite algún derecho en aras de frenar dichas acciones delictivas. También se debe distinguir entre reincidencia y reencarcelamiento, ya que este último puede ser entendido como la circunstancia en la cual un sujeto ha sido ingresado dos o más veces al sistema penal sin hacer distinción a la situación procesal, por ejemplo puede estar bajo prisión preventiva. Por lo que solo dos o más condenas ejecutoriadas se pueden suponer como reincidencia. De ahí que la importancia de la definición del instituto sirva para delimitar su aplicación y por ende su incidencia en una verdadera política criminal y evitar caer en tendencias populistas que únicamente arengan sobre los fines emotivos de las palabras, sin ahondar en la proyección de su contenido.

La reincidencia reviste especial importancia para el derecho penal, pues comporta una reacción social ante la insistencia en el delito de quien ha sido previamente condenado por otro u otras conductas punibles, que se materializa en el incremento de la pena. Es decir, se trata de una situación fáctica con la entidad suficiente para generar

la agravación de la pena impuesta a quien retorna a los actos reprochables no obstante haber sido juzgado y condenado previamente por la comisión de otros delitos.

Las principales características de la reincidencia penal en el Derecho Comparado son las siguientes: i) Generalidad: pues se aplica a cualquier comportamiento punible, salvo que en determinados casos se encuentre excluida; ii) es obligatoria, esta característica obliga a todos los jueces a aplicarla, siempre que se encuentren acreditados los requisitos exigidos por la ley; iii) se basa en criterios objetivos: no obstante ser una circunstancia personal, descansa sobre criterios objetivos, pues exige la existencia de una sentencia previa en firme y la comisión de otro delito, es decir, se trata de la objetivación de una condición personal actual, a partir de la acreditación de requisitos formales y objetivos, que escapan al juicio de culpabilidad realizado por el operador judicial; iv) está sometida a límites temporales: existe la previsión legal de unos plazos a partir de los cuales dejan de surtir efectos las condenas anteriores; y v) es una circunstancia de agravación de la pena: su operancia genera el aumento de la pena para el sujeto activo del nuevo delito.

En cuanto a los elementos de la reincidencia en el Derecho Comparado se considera que son los siguientes: i) condena previa, esto es, la necesidad de comprobar la existencia previa de una condena penal por delito; ii) sentencia en firme o ejecutoriada: pues el pronunciamiento anterior debe estar ejecutoriado; iii) ausencia de exigibilidad de condena cumplida: basta la existencia de condena ejecutoriada aunque no se haya cumplido la pena; iv) eficacia temporal de la condena previa: en tanto que la misma no es perpetua; v) delito actual; vi) sujeto reincidente; y vii) prueba de la

reincidencia, es decir, las circunstancias objetivas y formales que la determinan deben estar debidamente probadas-

En el Perú la figura de la reincidencia había sido abolida de la normatividad penal peruana, sin embargo reapareció mediante Ley 28726 del 9 de mayo de 2006, que reformó el Código Penal en los siguientes aspectos

“Artículo 1.- Incorpora incisos al artículo 46 del Código Penal.

Incorpóranse al artículo 46 del Código Penal los incisos 12 y 13, con el siguiente tenor:

“12. La habitualidad del agente al delito. 13. La reincidencia”.

Artículo 2.- Incorpora artículos al Código Penal

Incorpórense al Código Penal los artículos 46-B y 46-C, con el siguiente tenor:

Artículo 46-B.- Reincidencia.

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

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.

Artículo 3.- Modifica los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal.

Modificase los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, de acuerdo a los textos siguientes: “Artículo 48.- Concurso ideal de delitos. Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.

Artículo 55.- Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad. Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicada. La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia, prescriben a los dos años (...)6. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado.”

El Tribunal Constitucional del Perú, mediante sentencia del 19 de enero de 2007, analizó la constitucionalidad de la mencionada ley, en especial por la presunta vulneración del principio del non bis in ídem. En esta providencia, el TC concluyó:

“(…) El principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, o principio ne (sic) 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.<sup>20</sup> En la referida sentencia

se sostuvo que el principio *ne (sic) 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 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:21. 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.(...)23. 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 (sic) 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.<sup>24</sup> 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 (sic) bis in ídem*.”.

Conforme a lo anterior, el Tribunal Constitucional del Perú no considera que la reincidencia desconozca el principio del *non bis in ídem*, puesto que la aplicación de la misma no constituye una doble sanción por un mismo hecho, pues dicha circunstancia, es decir, el hecho de haber sido sancionado previamente por un delito, simplemente se toma en consideración para efectos de la graduar la pena que se impondrá a un acto delictivo distinto y actual.

La reincidencia como agravante de la pena, en el Perú, constituye una vieja figura incluida ya en los Códigos penales de 1863 y de 1924. Fue proscrita por el CP 1991. Su reingreso comenzó, antes de dictarse Ley N. 28726, mediante las disposiciones relativas al terrorismo, conforme se estipula en el art. 4 del D. Legislativo N° 921.

En cuanto a su definición, en la STC Exp. N. 0014-2006-PI/TC el Tribunal considera que: “[...] la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión

de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior”. García (2008)<sup>9</sup> señala:

La reincidencia no es una situación fáctica, sino es un supuesto normativo de agravación de la responsabilidad penal. Lo fáctico (el nuevo hecho) es valorado negativamente pues el agente demuestra o comunica un mayor desprecio al ordenamiento jurídico. El nuevo hecho es otro para el derecho: es un hecho más aflictivo. Así, solo normativamente (existen diversas posiciones que desarrollan sus fundamentos) se puede explicar el contenido de dicha agravante. (p. 67).

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia Exp. N. 0014-2006-PI/TC, indica lo siguiente:

Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el nomen iuris que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente,

---

<sup>9</sup> García, P. (2008). Lecciones del Derecho Penal. Editorial Grijley, Lima-Perú.

se produce la atribución de las sanciones: una sanción por la comisión per se del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona. (p. 31).

El Tribunal Constitucional se coloca en el lugar del legislador y explica los alcances —no establecidos en la Ley N. 28726— de la figura de la reincidencia. Señala que una persona es reincidente cuando, luego de realizarse la subsunción típica de la conducta (debería decir: luego de verificarse la responsabilidad penal), se identifica la existencia de antecedentes penales por el «mismo delito». Es decir, el TC restringe la aplicación de la agravante a los casos en los que haya identidad de delitos cometidos (entendiendo, identidad absoluta de tipo penal: objetiva y subjetiva) y no solo a los casos en que haya identidad de delitos dolosos como regula expresamente la Ley (identidad relativa de tipo penal).

## **INDICE**

**DEDICATORIA**

**RECONOCIMIENTO**

**RESUMEN**

**ASBTRACT**

**INTRODUCCION**

**INDICE**

## **CAPÍTULO I**

### **EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN**

1.1	Identificación y determinación del problema.....	1
1.2	Delimitación de la Investigación.....	5
1.3	Formulación del Problema.....	8
	1.3.1. Problema General.....	8
	1.3.2. Problemas Específico.....	8
1.4.	Formulación de Objetivos.....	9
	1.4.1. Objetivo General.....	9
	1.4.2. Objetivos Específicos.....	9
1.5.	Justificación de la Investigación.....	9
1.6.	Limitaciones de la Investigación.....	12

**CAPÍTULO II**  
**MARCO TEÓRICO**

2.1.	Antecedentes del Estudio.....	15
2.2.	Bases Teóricas - Científicas.....	21
2.3.	Definición de Términos Básicos.....	31
2.4.	Formulación de Hipótesis.....	34
	2.4.1. Hipótesis General.....	34
	2.4.2. Hipótesis Específicas.....	34
2.5.	Identificación de Variable.....	35
2.6.	Definición Operacional de Variables e Indicadores.....	35

**CAPÍTULO III**

**METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN**

3.1.	Tipo de Investigación.....	38
3.2.	Método de Investigación.....	39
3.3.	Diseño de la Investigación.....	39
3.4.	Población y Muestra.....	39
3.5.	Técnicas e Instrumento de Recolección de Datos.....	41
3.6.	Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos.....	42
3.7.	Tratamiento Estadístico.....	42
3.8.	Selección y Validación y Confiabilidad de los Instrumentos de Investigación...	44
3.9.	Orientación Ética.....	45

## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

4.1. Descripción del Trabajo de Campo.....	47
4.2. Presentación, Análisis e Interpretación de Resultados.....	48
4.3. Prueba de Hipótesis.....	50
4.4. Discusión de Resultados.....	50

### **CONCLUSIONES**

### **RECOMENDACIONES**

### **BIBLIOGRAFÍA**

### **ANEXO**

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Identificación y determinación del problema

Con el nuevo modelo procesal penal de tipo acusatorio se ha dejado de lado el antiguo modelo inquisitivo donde el mismo acusador debía juzgar su propia acusación. Respecto de este modelo Cubas Villanueva (2016: 23)<sup>10</sup> ha señalado que: “El Sistema Inquisitivo es el proceso en el cual las funciones de acusación y de enjuiciamiento se encuentran reunidas en una sola persona, frente a la cual el individuo está en una posición de inferioridad”. Con el NCPP se ha implementado un nuevo sistema de audiencias que operan bajo los principios de inmediación, oralidad, entre otros. Aquí, el Fiscal conduce la Investigación Preliminar y Preparatoria y es el Juzgador quien toma una decisión imparcial en base a lo expuesto en la audiencia, con total transparencia y en presencia de público, hechos que son registradas a través de un sistema multimedia.

Frente al desborde de la inseguridad ciudadana y con el fin de combatirla eficientemente, el 19 de agosto de 2013 se promulgó la Ley N° 30076, que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes, creando registros y protocolos con la finalidad de

---

<sup>10</sup> Cubas Villanueva, Víctor (2016) El Nuevo Proceso Penal Peruano. Lima. Editorial Palestra.

responder a esta problemática. De igual manera se modificó algunos artículos del Código Procesal Penal de 2004, el Artículo 268° y el Artículo 269°, referidos a la prisión preventiva y el peligro de fuga, respectivamente, eliminando el segundo párrafo del artículo 268°, referente a la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas, dejando de ser considerado como un presupuesto material para dictar un mandato de prisión preventiva, y se incorpora como un supuesto que el juez tendrá en cuenta para evaluar el peligro de fuga. No obstante, con la vigencia de la citada Ley, ya no se exige que la mencionada pertenencia permita advertir que el sujeto utilizará los medios que la organización criminal le brinda para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

En la primera disposición complementaria de la mencionada Ley, se adelantó la vigencia de los artículos 268°, 269°, 270° y 271°, entre otros, del Código Procesal Penal, para combatir el avance de la inseguridad ciudadana en nuestra sociedad.

Sin embargo, que ni el mencionado dispositivo legal, ni la señalada modificatoria, definen la prisión preventiva, determinando sólo los presupuestos materiales que deben confluir, para restringir un derecho fundamental como es la libertad, por lo cual resulta necesario señalar que la prisión preventiva o también llamada prisión provisional, es una medida cautelar prevista por nuestro sistema jurídico procesal que radica en la encarcelación de una persona que se encuentra sometida a una investigación, privándola de su libertad personal por un tiempo determinado hasta que llegue el momento de su juicio. Su propósito es asegurar su presencia física en el proceso y garantizar que el acusado no altere el normal

desarrollo del proceso penal y evitar que obstaculice la actividad probatoria (Peligro Procesal).

No obstante, en la actualidad se observa una interpretación distinta a la de la finalidad de la prisión preventiva, señalando para ello lo establecido en el Artículo 253° inciso 3 del Código Procesal Penal:

“(...) 3.-La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario (...)” y así poder evitar el peligro de reiteración delictiva; ello implica un dilema de dos regulaciones legales, Peligro Procesal y el Peligro Social.

Por más que en el artículo 253° inciso 3 del NCPP se establece que la restricción de un derecho fundamental y que solamente tendrá lugar siempre que fuere indispensable, en la forma y por el tiempo justamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, su presencia en el proceso, ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como que no altere el normal desarrollo del procedimiento penal y evitar que obstaculice o perturbe la actividad probatoria y evitar el peligro de reiteración delictiva. Ésta figura jurídica no se encuentra regulada dentro de los presupuestos materiales del artículo 268° del NCPP sobre prisión preventiva. A pesar de que, en la actualidad se tiene en cuenta para dictar esta medida de coerción procesal, toda vez que los jueces están razonando que la misma persigue una función de aseguramiento procesal, ya que la comisión de nuevos delitos por el imputado implicaría un retraso del proceso, puesto que la investigación debería abarcar también los nuevos delitos. Teniendo como finalidad garantizar la

efectividad de la actividad jurisdiccional sin vulnerar el principio de presunción de inocencia del imputado.

Asimismo, la CIDH en el informe 2/97, analiza las razones que deben justificar la prisión preventiva y en el acápite “III” párrafo 32º establece los criterios que se deben tener en cuenta:

“Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad”.

La CIDH reconoce que se puede utilizar como fundamento de la prisión preventiva el peligro de reiteración delictiva. **De manera que, se considera que el proceso penal no tiene por finalidad evaluar la peligrosidad del imputado, sino es su finalidad determinar la responsabilidad penal.** No obstante, procesalmente se torna impracticable que los jueces no hurguen sobre los antecedentes personales del imputado. Es decir, dicha averiguación **consiste en saber si anteriormente delinquieron o no, determinando así, su reincidencia, y/o habitualidad, y así saber si están ante un verdadero delincuente.**

## **1.2. Delimitación de la Investigación**

La reincidencia y la habitualidad no solo muestran la lesión y el daño al bien jurídico protegido, sino que además reflejan la condición de un agente que demuestra dificultades para mudar o vencer a las condiciones materiales y de especial vulnerabilidad las cuales motivan dicho comportamiento delictivo; asimismo pueden mostrar también a un individuo que carece de los suficientes frenos inhibitorios que lo inclinan al delito, en otras palabras, estaríamos frente a un sujeto sin mayor intención de obedecer al mandato normativo.

Con las modificaciones realizadas por la Ley 30076, los artículos 46° B y 46°C del Código Penal referidos a la reincidencia y habitualidad, respectivamente, evidencian en el tratamiento de las faltas, una limitación del acceso a beneficios penitenciarios u otras, se enmarcan en un proceso de endurecimiento del sistema penal, el mismo que parte de un Derecho altamente punitivo, teniendo en cuenta que:

- (i) La Reincidencia, en el primer párrafo del artículo 46° B ha modificado el plazo para la falta dolosa, toda vez que en el texto anterior era de cinco años y ahora es de tres, manteniéndose los cinco años para delitos dolosos. Además quien ha sido condenado por faltas y luego comete falta o delito doloso se le considera como reincidente; en el segundo párrafo el carácter de la reincidencia es de

circunstancia agravante cualificada y no una de agravante más que se encuentra en algunos tipos penales; en el tercer párrafo el plazo de cómputo de la reincidencia ha sido ampliado, incorporando otros delitos tales como el artículo 108-A (Homicidio calificado por la condición oficial del agente), artículo 195, (Receptación agravada), y el artículo 317-A (Marcaje o Reglaje); en el cuarto y quinto párrafo mantienen la estructura del artículo 46 B anterior estableciendo el aumento de pena hasta una mitad del máximo legal para los beneficiados por indulto o conmutación, y el hecho de computarse los antecedentes cancelados o rehabilitados para los delitos descritos en el tercer párrafo.

(ii) La Habitualidad, Se ha ampliado, toda vez que se computa sin límite de tiempo para otros delitos descritos en el artículo 108-A (Homicidio calificado por la condición oficial del agente), artículo 195 (Receptación agravada), artículo 317-A (Marcaje o Reglaje) y el artículo 322, (Cooperación de profesional sanitario en el delito de tortura); el aumento para todos los delitos, es un tercio sobre la pena máxima, y para los delitos agravados (107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-20B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal) es hasta una mitad; por lo que los habituales no tienen derecho a gozar de beneficios de semilibertad ni de liberación condicional, además del hecho de computarse los antecedentes cancelados o rehabilitados para los delitos descritos anteriormente.

El ejercicio de los derechos fundamentales está restringido por determinadas exigencias de la vida en sociedad, la limitación del Derecho a la Libertad, se vincula ciertamente al Derecho de la Sociedad de ejercer su defensa en las circunstancias en que se vulneran, por medio de algún delito, valores esenciales

de la organización social; por lo que, se deducen dos derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución Política del Perú. Ello no se contrapone a la convicción de entender que la persona es el centro de toda comunidad debidamente organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y por la dignidad humana. De esta manera, el principio de inocencia que sólo podrá ser alterado, después de haberse llevado a cabo un proceso, con una sentencia firme condenatoria; y por el otro, el derecho de los ciudadanos de ser protegidos en sus derechos elementales para vivir en sociedad.

El Fiscal al momento de requerir al juez y el Juez al momento de decidir si se lo otorga o no (la prisión preventiva), tienen en cuenta de manera directa e indirecta el peligro de reiteración delictiva del imputado, no siendo uno de los presupuestos materiales para dicha medida, no teniendo en cuenta que el artículo VI Título Preliminar del NCPP regula la legalidad de las medidas limitativas de derechos, que señala que solo podrán dictarse medidas limitativas por mandato judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley.

Por ello, la reincidencia y la habitualidad no solo muestran la lesión y el daño al bien jurídico protegido, sino que además reflejan la condición de un agente que demuestra dificultades para mudar o vencer a las condiciones materiales y de especial vulnerabilidad las cuales motivan dicho comportamiento delictivo; asimismo pueden mostrar también a un individuo que carece de los suficientes frenos inhibitorios que lo inclinan al delito, en

otras palabras, estaríamos frente a un sujeto sin mayor intención de obedecer al mandato normativo.

Por tanto, en la actualidad debe considerarse si se cumple el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, y respecto a la medida de coerción penal de Prisión Preventiva, si “el peligro de reiteración delictiva”, solo puede ser tomado en cuenta para graduar la pena final, si podrá constituir presupuesto para dictarla o mantenerla, y si la peligrosidad del imputado es indiferente para el derecho procesal penal.

### **1.3 Formulación del Problema**

#### **1.3.1. Problema General**

¿Es posible, luego de un exhaustivo análisis jurídico y de la legislación comparada, determinar en qué circunstancias pueden incorporarse las figuras de la reincidencia y habitualidad como presupuesto material de la pena privativa de la libertad a consecuencia de la ley 30076?

#### **1.3.2. Problemas Específicos**

¿Es posible, luego de un exhaustivo análisis jurídico y de la legislación comparada, establecer cuándo los jueces tendrán en cuenta la Reincidencia, y la Habitualidad considerándolas como agravantes, para el mandato de prisión preventiva a consecuencia de la Ley N° 30076?

¿Es posible, luego de un exhaustivo análisis jurídico y de la legislación comparada, establecer en qué circunstancias se fundamenta la Reincidencia y

Habitualidad para el mandato de prisión preventiva como presupuesto material y agravantes consagrado en artículo 268° del CPP 2004?

## **1.4. Formulación de objetivos**

### **1.4.1. Objetivo General**

Determinar en qué circunstancias pueden incorporarse las figuras de la reincidencia y habitualidad como presupuesto material de la pena privativa de la libertad a consecuencia de la ley 30076.

### **1.4.2. Objetivos Específicos**

Determinar cuándo los jueces tendrán en cuenta la Reincidencia, y la Habitualidad considerándolas como agravantes, para el mandato de prisión preventiva a consecuencia de la Ley N° 30076?

Determinar en qué circunstancias se fundamenta la Reincidencia y Habitualidad para el mandato de prisión preventiva como presupuesto material y agravantes consagrado en artículo 268° del CPP 2004?

## **1.5. Justificación de la Investigación**

**Justificación teórica:** Es importante explicar ambas figuras con la finalidad de tomar posición respecto de los elementos que deben integrarlas. Es indispensable a

efectos de identificar sus alcances doctrinarios y sus implicancias procesales.

Roxin(2006) ha señalado con respecto a esta problemática:

“Es un asunto complejo desde el punto de vista del Estado de Derecho porque aquí se impone una privación de la libertad en razón de una sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho que se espera. Por último, es perjudicial desde el punto de vista político-criminal, porque -bajo condiciones de ejecución manifiestamente favorables- vuelve a introducir por la puerta trasera las penas privativas de libertad de corta duración, enemigas de la resocialización”.

Carrara (2000) está de acuerdo que la prisión preventiva se utilice entre otros fines, para:

“La defensa pública, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno. Estos mismos motivos demuestran que la custodia preventiva no es tolerable sino en graves delitos o en aquellos que, aunque sean menos graves, dan causa a sospechar posibles reincidencias y pueden llamarse delitos habituales”.

**Justificación legal:** La investigación permite comprender en qué condiciones se tiene en cuenta el peligro de reiteración delictiva establecido en el artículo 253° inciso 3 del NCPP, el cual prescribe: “La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de

ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”. Ello se debe a que se pretende establecer en qué condiciones sería conveniente incorporar la figura jurídica del peligro de reiteración delictiva, como presupuesto material del artículo 268 del NCPP, para que el juez pueda dictar el mandato de prisión preventiva. Asimismo, permite comprender el derecho constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales, consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

**Justificación práctica:** Los hallazgos y conclusiones que se encuentren pueden servir eventualmente como marco referenciales para delimitar, en el campo normativo, ambos conceptos reincidencia y habitualidad y, complementariamente, delimitar su tipicidad y penalidad. Adicionalmente, la habitualidad y la reincidencia delictiva conforman una problemática social y jurídica que es objeto de amplia discusión en el ámbito político, social, y jurídico-penal. La agravación de la pena basada en la existencia de condenas anteriores ha estado presente a lo largo del derecho penal. Sin embargo es dudoso que una política penal caracterizada por el endurecimiento de las penas sea eficaz para controlar las recaídas en comportamientos vedados o ilícitos. La habitualidad y la reincidencia delictiva constituyen una problemática que ha sido, y es en la actualidad, objeto de discusión en el ámbito político, social, y jurídico-penal. La agravación de la pena basada en la existencia de condenas anteriores ha estado

presente a lo largo de la historia penal. Sin embargo resulta más que cuestionable que una política criminal caracterizada por el endurecimiento de las penas sea eficaz en supuestos de recaída en los comportamientos prohibidos por el derecho penal

### **1.6. Limitaciones de la investigación.**

Duración del tiempo de la investigación: Dada la amplitud del tema y el tiempo que demandaría abarcar de manera integral el complejo tema de la reincidencia y habitualidad, la presente investigación se circunscribirá a los alcances de la normatividad penal vigente en nuestro país.

Alcances:

**Delimitación Espacial:** El área geográfica de la investigación cubre el territorio nacional porque la normativa y aplicación del tema tienen alcance nacional.

**Delimitación Temporal:** El estudio se desarrollará en el periodo comprendido entre Julio y Setiembre del 2019.

**Delimitación Conceptual:** El estudio planteado considera las siguientes variables fundamentales: Pena, Agravantes, Reincidencia, Habitualidad.

En cuanto a su importancia es necesario establecer si es que es posible dictar el mandato de prisión preventiva, teniendo como **sustento el hecho de evitar que se cometa otro delito por la peligrosidad del sujeto**, y subsecuentemente salvaguardar los intereses de la sociedad, así como de la víctima; ello de conformidad con lo establecido en el artículo 253 inciso 3 del NCPP. Asimismo, distinguir los parámetros diferenciadores entre peligro procesal y peligro social.

El proceso penal peruano tiene implicancias en la medida que la aplicación de la prisión preventiva se fundamente teniendo en cuenta las condiciones del peligro de reiteración delictiva, lo cual va a permitir a los operadores del derecho diferencien las finalidades de las medidas de coerción, específicamente la prisión preventiva, a fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales de las personas.

En cuanto a la viabilidad del estudio puede indicarse que:

1. El estudio de este problema es políticamente viable por ser la Reincidencia, Habitualidad factores muy importante para la optimización de la legislación penal peruana.
2. Porque permitirá conocer la actual situación de la legislación penal en este tema.
3. Porque al conocer los resultados de la investigación las entidades interesadas estarán en condiciones de asumir las recomendaciones planteadas a fin de mejorar su gestión institucional.
4. Porque, en esta oportunidad se dan las mejores condiciones de factibilidad, viabilidad, utilidad y conveniencia para realizar esta investigación.
5. Porque se dispone de recursos humanos, económicos y materiales suficientes para realizar la investigación.
6. Porque es factible llevar a cabo el estudio en el tiempo previsto y con la metodología necesaria.
7. Porque el investigador conoce y domina los métodos seleccionados.
8. Porque no existen problemas éticos-morales para el desarrollo de la investigación.

9. Porque los resultados de este estudio pueden servir de referencia y motivación para la réplica de estudios similares en otros lugares.
10. Porque el investigador está interesado y motivado en el estudio del problema y tiene la competencia suficiente para llevar a cabo la investigación.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes del estudio**

El término reincidencia se refiere a las repeticiones de la conducta. Etimológicamente, reincidir proviene del verbo latino “incidere” que corresponde al significado de “caer en”, cuyo prefijo “re” permite concluir que el significado del término podría comprenderse como “volver a caer”.

Penalmente, la reincidencia alude a una recaída que invierte el progreso logrado en el tratamiento o intervención del sujeto que delinque, lo que implica algo negativo, es decir un resultado indeseable. Desde esta perspectiva, se ha entendido a la reincidencia como la recaída en el delito dentro de un período relativo de tiempo. A la reincidencia se le ha catalogado como un comportamiento indeseable, negativo

y poco beneficioso para la sociedad, aun cuando todavía poco se sabe desde el punto de vista del conocimiento científico que es exactamente lo que la produce, es decir, cuáles son sus reales causas, dimensiones e incidencias.

Desde los inicios de la civilización hasta la fecha, la recaída en el delito ha sido causa del mayor rigor penal punitivo. Así por ejemplo, cabe citar la disposición de MANÚ indio, según el cual “el Rey castiga primero con la simple amonestación, después con severos reproches, la tercera vez con una multa, finalmente con la pena corporal”, junto a aquella otra que disponía que “cuando tampoco con castigos corporales el Rey consiga frenar a los culpables, les aplicará las cuatro penas de una vez”.

Existen antecedentes sobre la reincidencia en la antigua civilización China, si bien los primeros testimonios de que disponemos hacen referencia a una severidad penal tan extrema que hacía prácticamente imposible la reiteración delictiva. **En el derecho hebreo (S. XIII A.C.) los delitos punibles se castigaban con azotes, en caso de reincidencia, con una especie de “cadena perpetua” tan dura que constituía en realidad una pena de muerte indirecta.** Los persas y los griegos en el siglo IV A.C. coincidían en la conveniencia de castigar más severamente la recaída en el delito.

El Nuevo Testamento nos ofrece ejemplo del desfavorable efecto que produce la recaída en el pecado “Más tarde Jesús le encuentra en el templo y le dice: mira, estás curado, no peques más, para que no te suceda algo peor”. El derecho romano tampoco permaneció ajeno al fenómeno de la recaída en el delito, en especial y

durante el imperio cobró un papel sobresaliente la reincidencia específica, que suponía la recaída en determinadas infracciones.

A finales del siglo XVIII, se inicia en Europa el movimiento codificador, en el que prenden con inusitada fuerza las ideas reformistas y positivistas de la ilustración, ampliando la mirada sobre el delincuente. El movimiento codificador dota a la reincidencia por primera vez en la historia de unos perfiles bien definidos, capaces de garantizar la necesaria seguridad jurídica y la posibilidad del tratamiento y la rehabilitación del delincuente, para lo cual erige como presupuesto básico en su aplicación la exigencia de condena anterior a la recaída, deslindando así de manera definitiva la reincidencia de la mera repetición delictiva. La reincidencia adquiere entonces un significado distinto al de la mera retribución o castigo corporal, ya que la reiteración del comportamiento delictual se sanciona ahora mediante un proceso legal y como consecuencia de la imposición de una condena.

Un punto central de este nuevo enfoque **es que solo se puede considerar la reincidencia en el momento en que el Estado tiene plena certeza de que la acción desviada y penalizada por el derecho se ha realizado dos veces**. Por tanto, para que ocurra la reincidencia deben concurrir una serie de requisitos, **esto es: a) cuando se prueba el daño de un bien jurídico y b) cuando se prueba el dolo del victimario por medio de un procedimiento judicial**. “Este conjunto de elementos solo se cumpliría en el instante en que el victimario es penalizado, o sea cuando se aplica una serie de castigos basados en la suspensión de algunos derechos inalienables a las personas naturales”. De este modo, una persona se convierte en reincidente solamente cuando habiendo sido penalizada por un delito, ella vuelve a cometer otra conducta desviada tipificada como delito. Para configurar

la reincidencia tiene que haber a lo menos “dos acciones ilícitas comprobadas, separadas por un tiempo delimitado y habiendo recibido los estímulos por parte del Estado, para no volver a cometer ilícitos”. Lo anterior, implica distinguir la reincidencia de la **reiteración en que en esta última el sujeto ha cometido dos o más delitos sin que en ninguno de ellos haya recaído sentencia condenatoria**, tratándose en consecuencia, de la comisión de varios delitos.

Desde una perspectiva del derecho penal general, la reincidencia ha sido considerada como uno de los elementos intervinientes en el proceso de determinación de la pena, como causal agravante de la responsabilidad penal.

**Antes del 2006 en que se publicó la Ley N° 28726 la Reincidencia y la Habitualidad eran instituciones que no aparecían en nuestro Código Penal. Sin embargo, la modificación literal que hace al respecto esta nueva ley en sus dos primeros artículos es evidente: “Incorpórense al artículo 46° del Código Penal los incisos 12 y 13, con el siguiente tenor: 12. La habitualidad del agente al delito. 13. La reincidencia.” (Artículo 1° de la Ley N° 28726).**

La indicada ley describe cada una de estas instituciones en su artículo 2° de la siguiente manera:

- 1) “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. 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”.

2) “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”.

Las figuras de la reincidencia y habitualidad están presentes en países latinos como México y Argentina, donde tienen vigencia considerable en sus códigos penales.

En el caso de México, estas figuras se encuentran contempladas en el artículo 20 y 21 del Código Penal Federal mexicano. Así tenemos: “Artículo 20. Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniera de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales:

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

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

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

En lo que respecta al Código Penal argentino, estas figuras presentan el siguiente tenor literal:

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

Lo curioso es que el término habitualidad no aparece definido en la normatividad argentina, salvo en los artículos:

1) Capítulo XIII encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo Artículo 277. (Texto conforme ley 25815) 3. La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando: c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

2) Artículo 278.- 1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes

provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí; b) El mínimo de la escala penal será de cinco (5) años de prisión, cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza” .

## 2.2. Bases teóricas-Científicas

### . Reincidencia y habitualidad

Zugaldía Espinar (2005: p. 1094) señala:

“El principio de que *no hay pena sin culpabilidad* si bien no fundamenta la pena, sí opera como límite al poder punitivo del Estado en tanto que excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por “*presupuesto*” la culpabilidad del autor por el hecho o que exceda en su “*medida*” del límite de la gravedad de la misma”

De acuerdo con este autor, podemos señalar que la incidencia del principio de culpabilidad en el sistema de responsabilidad penal se da en dos niveles:

- 1) 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).

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

De esto, resulta interesante analizar si la reincidencia y habitualidad son respetuosas del principio de culpabilidad. Para eso debemos previamente hacer referencia a estos institutos. Claro que una definición de validez general resultaría difícil, pues los conceptos de reincidencia y habitualidad están de alguna manera condicionados por la peculiar manera en que cada legislación ha regulado estos institutos.

Solo para efectos prácticos podríamos decir que nuestro legislador los ha configurado como supuestos de agravación de la pena ante casos de reiteración delictiva. Quizás sea esta la principal diferencia con la figura del concurso real, pues esta última establece criterios o reglas para la determinación de la pena en el caso de una pluralidad de delitos cometidos por un agente, sin que ello importe una agravación de la pena. Es decir, en el concurso real se procede a sumar las penas fijadas por el juez para cada hecho punible, mientras que en la reincidencia o habitualidad se incrementa o agrava la pena por encima del marco de la pena abstracta o conminada

Podemos remontarnos hasta los romanos que preveían penas corporales para quienes volvían a cometer delitos; a la España antigua, donde un segundo hurto podía ser sancionado hasta con la muerte; o, aún hoy en día, como se constata en el derecho anglosajón, donde la regla del *three strikes and you are out*, (tres veces y estás fuera) pone sobre el tapete la conveniencia político criminal de agravar la pena

a quienes delinquen por segunda, tercera o cuarta vez. Podríamos preguntarnos, por ejemplo, cuáles son los efectos “beneficiosos” que acarrea un mayor tiempo en prisión cuando todos damos por cierto los problemas de ineficacia, colapso y congestión de los establecimientos penitenciarios. ¿Qué buscamos cuando encerramos a un hombre en un establecimiento penitenciario? ¿Qué pretendemos conseguir cuando encerramos a un ser humano bajo los cuatro muros de una prisión? Vista la realidad, nada que se aproxime a una finalidad preventiva. Y quien vea en ella □en la pena, sobre todo la pena privativa de libertad□ no más que simple retribución, debe asumir que el juicio de desaprobación por el injusto cometido no puede prescindir de la proporcionalidad de la sanción.

Como señala Diez Ripollés (2007: p. 17):

“Las energías de la comunidad se han desplazado del afán por lograr la inclusión social de los desviados, al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes. Naturalmente siempre se encontrarán argumentos para justificar un endurecimiento punitivo como, en este caso, las agravantes por reincidencia y habitualidad. Y así, algunos encuentran una mayor culpabilidad que se funda en la obstinación del acusado en vulnerar bienes jurídicos a pesar de haber sido ya advertido, en virtud de una condena, de las consecuencias de cometer un delito”.

La reincidencia y la habitualidad no solo muestran rebeldía y desprecio al bien jurídico protegido, también pueden revelar, en la línea de lo sostenido por Patricia Ziffer (1996: p. 157) a un agente con dificultades para cambiar o superar las condiciones materiales y de especial vulnerabilidad que motivaron el comportamiento delictivo; también pueden mostrar a un individuo que carece de los suficientes frenos inhibitorios que lo inclinan al delito, en otras palabras, se

estaría frente a un individuo poco accesible al mandato normativo. En general, la reincidencia y habitualidad también pueden mostrar las falencias de la organización social y de los sistemas de ejecución penal; con lo cual, la solución, lejos de una agravación de la pena, oscila entre la atenuación o el establecimiento de medidas de seguridad o tratamiento terapéutico.

Sin embargo, no son pocos los autores que justifican estas agravantes; algunos no tienen problema en reconocerlas como manifestación del derecho penal del enemigo. Así, Polaino-Orts<sup>1</sup>(2009) considera que la habitualidad constituye un factor de desestabilización incomparablemente mayor que impide que los ciudadanos afectados puedan confiar tranquilamente en la vigencia de la norma y que, por ello, han de ser combatidos por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz.

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

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

Postura difícil de sustentar, pues un mismo hecho es valorado tanto para fundamentar una primera condena como señala Oré Sosa (2000) 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.

Ahora bien, tal como lo había advertido el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, la reincidencia y habitualidad fueron configuradas tanto como circunstancias comunes (dentro de los criterios de determinación de la pena del ya antiguo art. 46 CP, incs. 12 y 13) como circunstancias cualificadas en los arts. 46-B y 46-C. El Acuerdo consideró que estas agravantes solo debían apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues justamente el sentido de la reincorporación de estas instituciones al derecho penal nacional era permitir agravar la pena por encima del marco punitivo de la pena conminada. Este criterio de interpretación del Acuerdo resultaba cuestionable, pues como circunstancia común, vale decir, como criterio de determinación de la pena dentro del antiguo art. 46, la reincidencia y habitualidad servían para dosificar la pena dentro del marco punitivo de la pena conminada conjuntamente con los demás criterios de determinación judicial de la pena, esto es, era tomado como un criterio más para determinar el grado de culpabilidad del autor. En cambio, como circunstancia cualificada, la reincidencia y habitualidad toman el pasado criminal del agente como *único criterio* para desbordar el marco punitivo de la pena abstracta, tal como indica AlcócerPovis (2008).

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

#### **a) Reincidencia**

El art. 46-B del CP recoge un supuesto de reincidencia genérica y real. Es *genérica*, por cuanto el legislador no exige que el segundo delito sea de igual o semejante naturaleza, bastará con que se trate de un delito doloso. Es *real*, por cuanto se exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta por el primer delito. En este punto, pareciese que la Ley 30076 hubiese ampliado 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 se hace referencia a “una pena”. No obstante, siguiendo en este punto a Yshii Meza (2013), consideramos que la referencia genérica a *una pena* se hace con el fin de comprender dentro del supuesto de reincidencia a las faltas, toda vez que estas no tienen prevista la pena privativa de libertad, sino las limitativas de derechos y la multa.

El horizonte temporal para configurar la agravante de reincidencia por el segundo delito es de cinco años contados a partir del cumplimiento total o parcial de la pena impuesta por el primer delito (no desde la condena, pues esto habría hecho inoperativa esta institución para los delitos más graves, como el homicidio o el robo, por ejemplo). No obstante, a diferencia del texto anterior, la Ley 30076 exceptúa del plazo de cinco años para la configuración de una agravante por reincidencia a los delitos de parricidio, asesinato, homicidio calificado por condición del agente,

feminicidio, lesiones graves a menores, lesiones graves por violencia familiar, secuestro, trata de personas, violación sexual de menor, hurto agravado, robo agravado, receptación agravada, etc. Vale decir, en estos casos no interesará determinar el tiempo transcurrido entre el cumplimiento de la primera condena y el segundo delito, pues así hayan pasado diez, veinte o treinta años, la recaída en estos delitos se verá sancionada con la aplicación de esta agravante cualificada.

En la reincidencia básica, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo de la pena conminada. En la reincidencia cualificada según la naturaleza del delito cometido (asesinato, robo agravado, violación de menor, etc.), el juez aumenta la pena *en no menos de dos tercios* por encima del máximo de la pena conminada. El texto anterior señalaba como límite máximo la cadena perpetua, aunque el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 ya se había encargado de poner como tope máximo los 35 años. La Ley 30076 omite toda referencia a un límite máximo, con lo cual, es de esperar que se mantenga la interpretación hecha por el citado Acuerdo. Fíjese lo desproporcionado que puede resultar esto. Dentro de la lista de delitos en los que se puede aplicar la reincidencia cualificada está el hurto agravado (previsto en el art. 186). Con lo cual, un subsecuente delito de hurto mediante destreza o escalamiento, al menos formalmente, podría ser sancionado con una pena entre 10 y 35 años, cuando el máximo estipulado para este delito se cifra en los seis años de pena privativa de la libertad.

Comparto la opinión de Benavente (2011) en el sentido de que la reincidencia cualificada resulta aplicable cuando la primera y segunda condenas se corresponden con los mismos delitos mencionados en el segundo párrafo del artículo 46-B, esto es, asesinato, lesiones graves a menores o por violencia familiar, secuestro, violación de

menor, robo agravado, etc. En otras palabras, parece conveniente tomarlo como un supuesto de reincidencia [cualificada] específica, en el que ambos delitos son los mismos y, por tanto, de idéntica gravedad. 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.

#### **b) Habitualidad**

En cuanto a la habitualidad, los requisitos que han de concurrir para que se configure esta agravante son los siguientes: la comisión de al menos tres hechos punibles, que se trate de delitos dolosos, que sean de igual naturaleza y que hayan sido perpetrados en un lapso de 5 años sin que medie condena sobre alguno de ellos (como señala el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116). Naturalmente, debemos descartar para la configuración de esta agravante los supuestos de delito continuado y concurso ideal, casos en los cuales deben sujetarse estos a sus propias reglas.

La habitualidad sí resulta compatible con el concurso real, de ahí que el Acuerdo 1-2008/CJ-116 establecía como regla que los efectos punitivos de la agravante por habitualidad solo se aplicaban en el tercer delito cometido en el lapso de 5 años y luego se sumaban la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos de concurso real, claro está, observando los límites fijados por los arts. 50 y 51, esto es, la pena total no debía ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de 35 años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso correspondía cadena perpetua, solo se aplicaba esta sanción excluyéndose las demás.

En la habitualidad, el juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo de la pena conminada del tercer delito. En la forma cualificada, según se trate de delitos de acusada gravedad, se aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo de la pena conminada hasta los 35 años, sin que sean aplicables los beneficios de penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En el caso de la habitualidad, la Ley 30076 no solo amplía los supuestos de habitualidad cualificada a otros delitos (parricidio, receptación agravada, marcaje y otros), sino que admite la habitualidad en las *faltas* dolosas contra la persona o el patrimonio, caso en el cual el horizonte temporal o plazo □en el que se pueden cometer tres o más faltas para configurar dicha agravante□ no es de cinco, sino de tres años. Más criticable resulta el hecho de que en los supuestos de reincidencia y habitualidad de las faltas, según el modificado artículo 440 inc. 3 del Código Penal, deba reprimirse “con pena privativa de libertad del *delito* aplicable”, y que, estos mismos casos, según el inc. 5 del mismo artículo, se sujeten a las normas de prescripción del artículo 80 del Código Penal. En buena cuenta, para el legislador, una pluralidad de faltas cambia la naturaleza del injusto cometido.

### **Naturaleza jurídica de la habitualidad**

Boldova y Rueda (2005) definieron la habitualidad, en el ámbito de los delitos y delitos de malos tratos (violencia doméstica), como la inclinación del hombre a la reiteración del ejercicio de actos delictivos o violentos. Al no definirse esa nota esencial por el legislador, para determinar su alcance hemos de acudir a la doctrina judicial. En virtud de una interpretación gramatical puede decirse que habitualidad implica cierta periodicidad en el ejercicio de la actividad, ya que según el diccionario de la Real Academia habitual es aquello que se hace con continuidad. La habitualidad

es una forma agravada de la reincidencia En lo penal, la habitualidad es circunstancia reveladora de peligrosidad extrema, por comprobar la permanencia en los impulsos antijurídicos, que, cuando encuentra precedentes judiciales, constituye las calificadas agravantes de reiteración, en lo delictivo genérico, y de reincidencia (v.), en tanto que especialidad transgresora. Habitualidad penal: En el campo del Derecho Penal, la habitualidad implica la comisión reiterada de delitos, generalmente del mismo orden.

El delincuente habitual es el que incursiona reiteradamente en el campo de la delincuencia. Según Ferri (1969), muchos lo hacen por simple costumbre adquirida. Comienzan infringiendo la ley penal en los primeros años de la adolescencia, casi siempre mediante la comisión de delitos contra la honestidad o contra la propiedad. Luego se incorporan, paulatinamente, al submundo de la delincuencia, configurando “una categoría delincuente”. El medio determina su conducta posterior, hasta que llegan a adquirir “la costumbre crónica del delito”. Además, sus compañías habituales los inducen a contravenir no solo las normas sociales, sino también las leyes. Por capas institucionalizadas de la sociedad se rechazan, como elementos extraños y peligrosos, y dificultan, en consecuencia, su posibilidad de adaptación a una vida normal. La figura de la habitualidad, en tanto que, a su vez, sigue planteando algunas dudas en cuanto a la misma concreción de su concepto. La habitualidad implica que un mismo sujeto repite determinadas veces el mismo comportamiento criminal en un espacio acotado temporalmente. En el Código Penal actual ha sido utilizada de dos formas diferentes: de un lado, en determinadas figuras que son calificadas como delito precisamente por el carácter habitual de la conducta (habitualidad como elemento del tipo) y, de otro, simplemente para agravar la pena de ciertos ilícitos.

### 2.3. Definición de términos básicos

**Habitualidad:** En el campo del Derecho Penal, la habitualidad implica la comisión reiterada de delitos, generalmente del mismo orden. El delincuente habitual es el que incursiona reiteradamente en el campo de la delincuencia. Según Ferri (1928), muchos lo hacen por simple costumbre adquirida. Comienzan infringiendo la ley penal en los primeros años de la adolescencia, casi siempre mediante la comisión de delitos contra la honestidad o contra la propiedad. Luego se incorporan, paulatinamente, al sub mundo de la delincuencia, configurando "una categoría delincuente". El medio determina su conducta posterior, hasta que llegan a adquirir "la costumbre crónica del delito".

Además, sus compañías habituales los inducen a contravenir no solo las normas sociales, sino también las leyes. Por capas institucionalizadas de la sociedad se rechazan, como elementos extraños y peligrosos, y dificultan, en consecuencia, su posibilidad de adaptación a una vida normal.

**Reincidencia:** Circunstancia agravante de la responsabilidad penal por la que el responsable de un hecho punible ha sido condenado por otros delitos de la misma naturaleza anteriormente y éstos constan como antecedentes penales.

Causa de agravación de la pena proveniente del hecho de que el delincuente comete una segunda infracción después de una primera condena definitiva. La reincidencia puede ser general o especial, es decir, la que existe por dos infracciones diferentes o solo por dos infracciones semejantes; es perpetua o temporal, es decir, que existe cualquiera que sea el plazo que separe las dos infracciones, o solamente si la segunda **infracción** se comete dentro de cierto plazo a partir de la expiración de la primera pena. Es una de las circunstancias agravantes de la responsabilidad

criminal. Existe cuando, al delinquir, el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo del código penal; o bien por otro delito al que la ley señale igual o mayor pena; o bien por dos o más delitos a los que la ley penal señale pena menor. La reincidencia es manifestación de persistencia de la conducta dolosa del agente. La realidad de esta actitud debe probarse mediante la documentación fehaciente que demuestre alguno de los tres referidos supuestos de reincidencia, precisándose que la condena o condenas anteriores hayan sido ejecutorias antes de la comisión del delito en el que se apreciará esta agravante. En orden de gravedad, se estima que la reincidencia de mayor grado es la que resulta de delinquir el mismo culpable cometiendo delitos de la misma naturaleza; a continuación, la reincidencia menor, llamada también reiteración, que resulta de cometer delitos de distinta naturaleza y cuyas penas se valorarán, a efectos de apreciar esta agravante, respecto a la que corresponda al delito por el que es juzgado últimamente y en el que se aplicaría dicha circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

**Reincidentes y habituales:** En la reincidencia, el autor comete el segundo o los sucesivos delitos, habiendo sido ya condenado, al menos, por uno o varios hechos anteriores. Puede decirse que, en doctrina, el carácter de delincuente habitual resulta de la inclinación al delito; es una costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos. Gramaticalmente, reincidir significa tanto como volver a incurrir; normalmente, en un delito. Pero esta noción no nos resulta suficiente desde el punto de vista jurídico, puesto que también vuelve a incurrir en un delito el que es juzgado de una vez por varios hechos delictuosos, pero tal hipótesis no constituye reincidencia, sino concurso real o reiteración. En la reincidencia, el autor comete el

segundo o los sucesivos delitos, habiendo sido ya condenado, al menos, por uno o varios hechos anteriores. Varios hechos pueden ser motivo de la primera condena y varios, también, de la segunda, que son indispensables para que un sujeto sea declarado reincidente; eso no es lo que cuenta; en el derecho argentino es presupuesto de la reincidencia el pronunciamiento de una sentencia condenatoria definitiva, anterior a pena privativa de la libertad. La diferencia entre tratamiento legal de la reincidencia y la reiteración se fundamenta en que el reincidente revela que no ha ejercido efecto sobre el la misión reeducadora que constituye el fin de la pena. Porque, mientras el que es juzgado una sola vez por varios hechos no ha sido aun objeto de la reacción penal, al reincidente, ya se le ha aplicado una pena o la ha cumplido, según el régimen que la ley adopte en la materia. Puede decirse que, en doctrina, el carácter de delincuente habitual resulta de la inclinación al delito; es una costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos. La habitualidad es, por una parte, más que la reincidencia, en razón de que no basta con la repetición de infracciones, pues es preciso que esta insistencia constituya costumbre y se incorpore al modo de ser o de obrar del sujeto. Es, por otra parte, menos que la reincidencia, porque no hace falta para reconocer la habitualidad que se haya dado la hipótesis de reincidencia, es decir, el pronunciamiento de la o las condenas anteriores, pudiendo resultar de la reiteración.

**Registro Central de Condenas:** Es el Órgano de la Gerencia General del Poder Judicial, encargado de registrar las sentencias condenatorias remitidas por los órganos jurisdiccionales. Expide los Certificados de Antecedentes Penales de uso jurisdiccional a solicitud de los Órganos judiciales, así como también, los Certificados de Antecedentes Penales de uso administrativo a solicitud del propio

interesado o su apoderado (previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el TUPA). El Registro Nacional de Condenas administra información de carácter reservada, pudiendo acceder a ella las instituciones legitimadas.

Las funciones del Registro Nacional de Condenas son:

- Inscribir las sentencias condenatorias consentidas y/o ejecutoriadas emanadas de Órgano jurisdiccional.
- Inscribir las resoluciones de Rehabilitación y otras resoluciones modificatorias de la condena.
- Archivo y custodia de los boletines y testimonios de condenas.
- Proporciona fotocopia certificada de los boletines y testimonios de condena a solicitud de los Órganos jurisdiccionales.
- Cancelar los Antecedentes Penales previo mandato judicial (Art. 69 C.P).
- Expedir Certificados de Antecedentes Penales de uso administrativo y jurisdiccional.

## **2.4. Formulación de Hipótesis**

### **2.4.1. Hipótesis General**

Es posible luego de un análisis jurídico exhaustivo determinar en qué circunstancias pueden incorporarse las figuras de la reincidencia y habitualidad como presupuesto material de la pena privativa de la libertad a consecuencia de la ley 30076.

### **2.4.2. Hipótesis Específicas**

Es posible luego de un análisis jurídico exhaustivo determinar cuándo los jueces tendrán en cuenta la Reincidencia, y la Habitualidad considerándolas como agravantes, para el mandato de prisión preventiva a consecuencia de la Ley N° 30076.

Es posible luego de un análisis jurídico exhaustivo determinar en qué circunstancias se fundamenta la Reincidencia y Habitualidad para el mandato de prisión preventiva como presupuesto material y agravantes consagrado en artículo 268° del CPP 2004.

### **2.5. Identificación de variables**

#### **Variable Independiente**

Delimitación conceptual de la reincidencia y habitualidad en el proceso penal.

#### **Variable Dependiente**

Tipificación de la reincidencia y habitualidad penal para su optimización aplicativa.

### **2.6. Definición operacional de variables e indicadores**

- En materia penal “reincidencia” es aquella circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por delito análogo o igual al que se le imputa. El Tribunal Constitucional ha definido la reincidencia como una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción

por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o (2) cuando el imputado ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley, y la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos.

- Habitualidad en materia penal, significa respecto de un individuo, la comisión reiterada de delitos, generalmente del mismo orden. En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempo diversos e independientes unos de otros.

#### Artículo 46-B. Reincidencia

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

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieron ser canceladas, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.

#### Artículo 46-C. Habitualidad

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechas punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieron estar cancelados, salvo en las delitos antes señalados.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. Tipo de Investigación**

##### **. Tipo de Investigación**

La presente investigación fue de tipo aplicado porque se orientó a proponer alternativas normativas y/o legislativas relacionadas con la optimización de la reincidencia y habitualidad en el proceso penal.

##### **Nivel de Investigación**

El nivel de la presente investigación fue el “Explicativo Causal”, porque investigó los factores que sustentan y avalan los principios jurídicos relacionados con la

tipificación penal de la reincidencia y habitualidad. La investigación será de tipo conceptual.

### **3.2. Método de investigación**

Se usó el método analítico – crítico que se sustenta en la dogmática jurídica para analizar la reincidencia y la habitualidad en el ámbito jurídico de nuestro país.

Para el presente trabajo se adoptó, además, el método funcionalista (cuestionarios y entrevistas) con la intención de conocer con detalle el fenómeno objeto de estudio.

### **3.3. Diseño de la investigación**

El diseño de la investigación fue el "no experimental" ya que los datos fueron recogidos directamente y no se manipularon las variables. En cuanto a su diseño estadístico la investigación asumió un diseño descriptivo.

### **3.4. Población y Muestra**

La población de la investigación estará conformado por integrantes de diversos niveles de la Corte Superior de Pasco (jueces y secretarios), abogados del Distrito Judicial de Pasco, estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Daniel Alcides Carrión" y analistas especializados en el tema. Se calcula un universo de 200 personas.

De la población antes señalada, se tomará una parte de la misma que sea representativa. (representa el 95% de los casos con un margen de error del 0.05).

La muestra fue seleccionada mediante la siguiente fórmula de Blalock (2002):

$$n = \frac{(Z)^2 (P.Q.N)}{(E)^2 (N-1) + (Z)^2 (P.Q)}$$

Z = Desviación Estándar

E = Error de Muestreo

P = Probabilidad de ocurrencia de los casos

Q = (1 - )

N = Tamaño del Universo

n = Tamaño del Universo

Factores considerados en la fórmula, para determinar el tamaño de la muestra:

Z = 1.96

E = 0.05

P = 0.50

Q = 0.50

N = 200

n = Resultado a obtener (Muestra)

Sustituyendo:

$$n = \frac{(1.96)^2 (0.5 \times 0.5) 200}{(0.05)^2 (200 - 1) + (1.96)^2 (0.5 \times 0.5)}$$

$$n = 67$$

La muestra estará conformada por 67 personas.

El muestreo aplicado es fue el muestreo probabilístico con afijación proporcional.

### **3.5. Técnicas e instrumento de recolección de datos**

La técnica de recolección de datos que se aplicará será la encuesta por observación y el instrumento a utilizarse será el "cuestionario" que se aplicará a la muestra seleccionada (Sánchez Carlessi: 2005: 142)

Antes de aplicar el Cuestionario se efectuará una breve aplicación (Prueba Piloto) para determinar su funcionalidad.

Se determinará la validez del Cuestionario mediante el sistema del "juicio de expertos". El Cuestionario será sometido al juicio de cinco expertos para que éstos se pronuncien sobre su validez.

La confiabilidad del cuestionario se establecerá mediante la aplicación del estadístico Coeficiente Alpha de Cronbach a los resultados de la Prueba Piloto.

Se aplicará también una entrevista personal no estructurada a un grupo de 5 magistrados y 10 abogados especialistas en Derecho Penal y Administrativo.

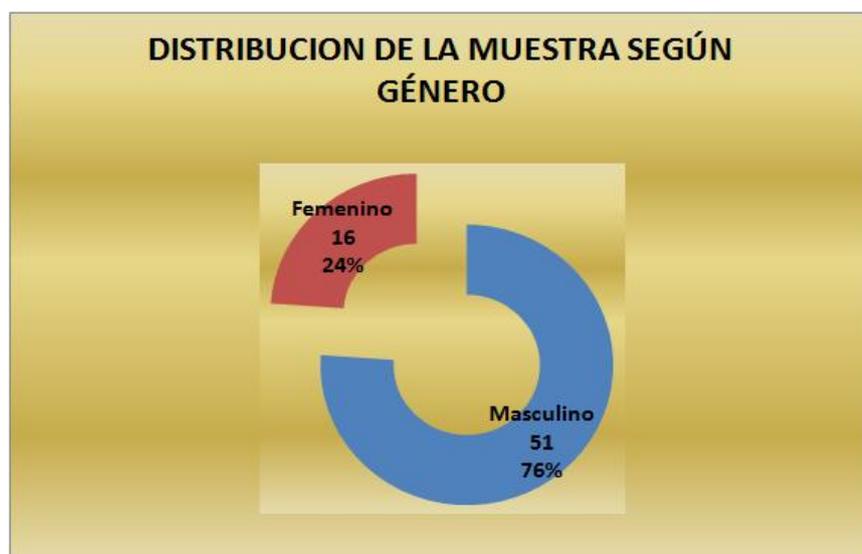
### 3.6. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

Para el "procesamiento de datos" la información proveniente del cuestionario será ingresada a una matriz de datos para su tratamiento estadístico. La contrastación de las hipótesis se efectuará comparando el enunciado formulado en la hipótesis con el resultado obtenido en el procedimiento correlacional llevado a cabo. De verificarse la existencia de una relación positiva y significativa se consideró comprobada las hipótesis. El análisis de datos se realizará utilizando la estadística descriptiva y el análisis univariado.

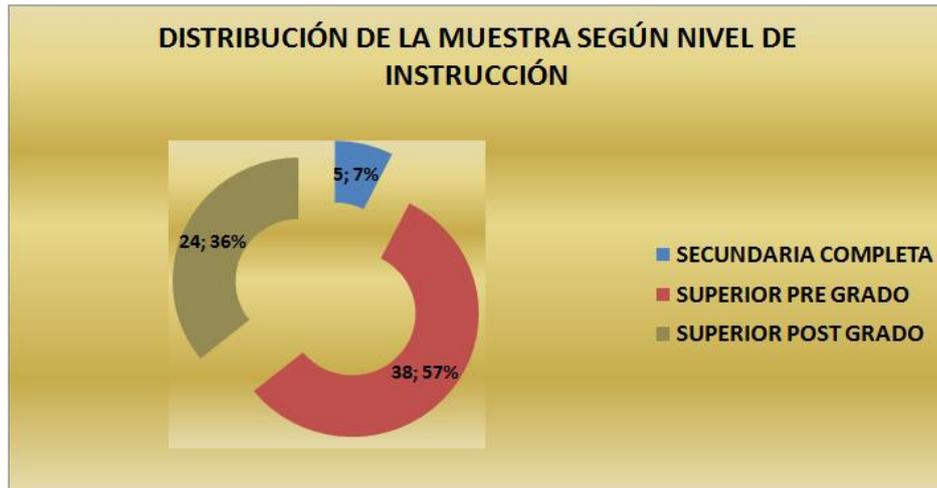
### 3.7. Tratamiento estadístico

La muestra de la investigación estuvo conformada por 67 personas distribuidas según género de la siguiente manera:

Se aprecia un marcado predominio del género masculino sobre el femenino:

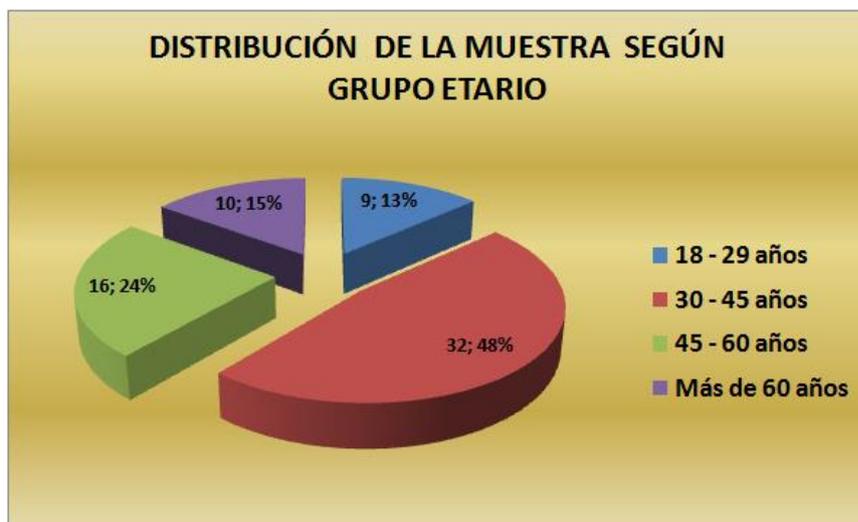


Según el nivel de instrucción la muestra se estructuró de la siguiente manera:



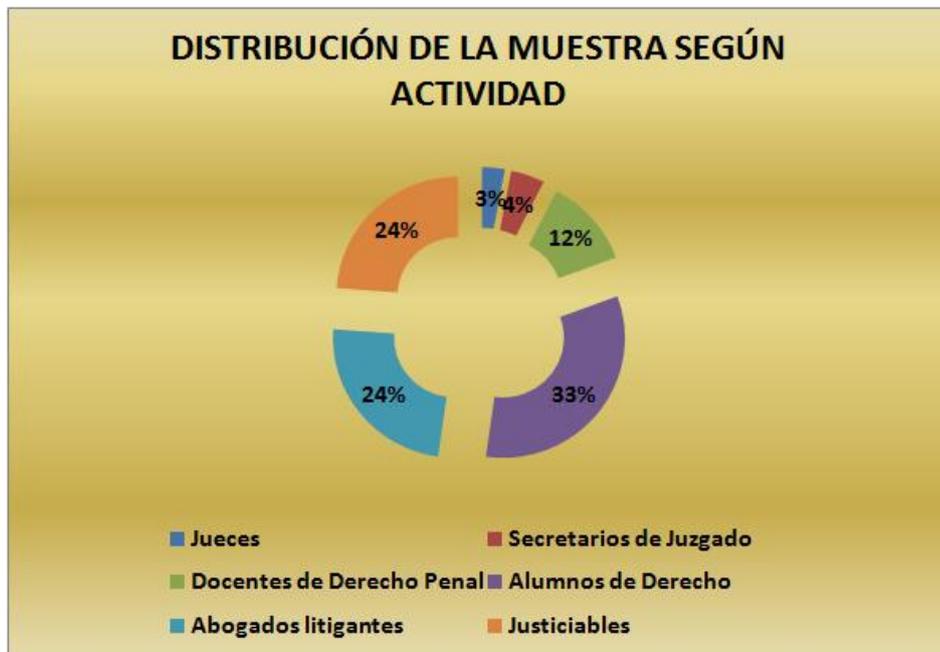
El menor porcentaje se aprecia a nivel de Secundaria Completa (7%) y el mayor porcentaje se aprecia a nivel de Superior Pre Grado (57%).

La distribución de la muestra según el grupo etáreo puede apreciarse en el siguiente gráfico:



El mayor porcentaje de la muestra se ubica entre las personas de 30 a 45 años (48%).

Según el tipo de actividad la muestra se distribuyó de la siguiente manera:



Se aprecia que el mayor porcentaje de la muestra se ubica a nivel de alumnos de la Facultad de Derecho (33%).

### **3.8. Selección, Validación y confiabilidad de los instrumentos de investigación**

El Cuestionario se aplicará anticipadamente (Prueba Piloto) para determinar su funcionalidad y comprobar su claridad en la redacción y, de ser el caso, aplicar los correctivos pertinentes.

Se determinará la validez del Cuestionario mediante el sistema del "juicio de expertos". El Cuestionario será sometido al juicio de cinco expertos para que éstos se pronuncien sobre su validez. La confiabilidad del cuestionario se establecerá mediante la aplicación del estadístico Coeficiente Alpha de Cronbach a los resultados de la Prueba Piloto.

### **3.9. Orientación Ética**

1 Se realizó la investigación teniendo en cuenta los procedimientos establecidos en la universidad y se solicitaron las autorizaciones pertinentes, para la toma de muestra, sin falseamiento de datos.

2 La investigación buscó mejorar el conocimiento y la generación de valor en las instituciones estatales y sus grupos de interés.

3 El trabajo de investigación guarda la originalidad y autenticidad buscando un aporte por parte del tesista hacia la comunidad científica.

4 Los encuestados fueron informados acerca de la investigación y dieron su consentimiento voluntario antes de convertirse en participantes de la investigación.

5 Los participantes en la investigación fueron seleccionados en forma justa y equitativa y sin prejuicios personales o preferencias. Se respetó la autonomía de los participantes.

6 Se respetaron los resultados obtenidos, sin modificar las conclusiones, simplificar, exagerar u ocultar los resultados. No se utilizaron datos falsos ni se elaborarán informes intencionados.

7 No se cometió plagio, se respetará la propiedad intelectual de los autores y se

citó de manera correcta cuando se utilizaron partes de textos o citas de otros autores.

8Se contó con el previo consentimiento confirmado de los encuestados.

## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS Y DISCUSION**

#### **4.1 Descripción del trabajo de Campo**

En resumen, son diversas las posturas en torno al fundamento de la reincidencia como agravante de la pena. Algunos consideran que la mayor sanción se explica en la mayor culpabilidad del reincidente, otros en su peligrosidad, algunos en el mayor injusto cometido; también se han planteado propuestas explicándola tanto en razón de la insuficiencia de la sanción anteriormente impuesta como relacionándola con los fines que debe cumplir la pena; entre otras ideas. En fin, resulta importante hacer un repaso de las mismas, desde una perspectiva tanto descriptiva como crítica. En la tesis se realizó tal análisis, buscando explicar el fundamento de la reincidencia desde el merecimiento y la necesidad de pena. Es decir, aceptando la agravación

del injusto culpable en virtud del nuevo hecho criminal realizado por un sujeto que, normativamente, representa un peligro actual para la sociedad. Con el segundo hecho criminal el sujeto vulneró la norma de “no volver a delinquir” y, con ello, habría afectado la seguridad pública. Para ese propósito, será necesario que el juez advierta la existencia de los siguientes elementos de corte normativos: la relación de injustos, un plazo razonable entre la declaración de responsabilidad previa y el nuevo hecho criminal, y el dolo en ambas conductas. Desde el plano político criminal, se explicó, además, que al Estado, a pesar de su ineficiencia (en muchos países el Estado no brinda al condenado las condiciones necesarias para su resocialización), se le exige desvalorar proporcionalmente tal situación, con el fin de legitimar el sistema y desincentivar la producción de este tipo de comportamientos. Más aún si se tiene en cuenta que el condenado es un sujeto de la sanción, no un objeto de la misma. Por último, se propone que la agravante sea genérica (en atención que se trata de una alternativa menos lesiva que permite desvalorar el segundo hecho criminal) y de aplicación facultativa (no todo reincidente es peligroso, el juez deberá establecerlo según el caso concreto).

#### **4.2. Presentación, Análisis e interpretación de resultados**

Se aplicó a la muestra seleccionada un cuestionario destinado a recoger sus conocimientos y opiniones sobre la reincidencia y habitualidad.

ITEMS	RESUESTA PREDOMINANTE
¿Se aplica la agravante de reincidencia y de la habitualidad en los procesos penales de Pasco?	Los consultados, señalaron que; no se aplican en todos los casos por que los jueces no pueden aplicarlas de oficio y además; el Fiscal y los Defensores Técnicos tienen que solicitarlos al Juez. Por otro lado, las personas con antecedentes judiciales manifestaron que; no deberían por que aplicarlo como agravante, porque para cada delito la ley ya tiene una sanción o condena.
¿Se fundamenta y se aplica bien la figura de la reincidencia en nuestros tribunales?	Los consultado, manifestaron; que si, los magistrados lo fundamentan y lo aplican bien la figura de la Reincidencia, pues están enviando a la cárcel a los delincuentes por más tiempo y sin beneficios penitenciarios por los magistrados. En cambio las personas con antecedentes judiciales dijeron, de una forma indignante, que; los jueces fundamentan y aplican bien la figura de la reincidencia solo cuando no tienes plata para pagar un buen abogado y no poder arreglarlos.
¿Cuál cree que es la importancia dada por los Defensores técnicos a la agravante de la reincidencia?	Los consultados, manifestaron que: Los Defensores Técnicos no le dan mucha importancia a esta agravante, en la mayoría de los casos porque, tienen mucha carga procesal y en algunos casos lo desconocen. En cambio las personas con antecedentes judiciales dijeron que: Los Defensores Técnicos no se meten no le toman importancia ellos cuidan su trabajo y nada más.
¿Cuál cree que es la Importancia dada por los Fiscales a la agravante de la reincidencia o no lo toman en cuenta?	Los consultados, dijeron que; los Fiscales le dan la importancia del caso lo que pasa es que no tienen la información de personas que delinquieron en su debido momento. Mientras que las Personas con antecedentes judiciales, manifestaron que; algunos Fiscales le dan importancia a otros no.
¿La declaración de parte del imputado inmerso en una reincidencia debería considerarse como atenuante de su responsabilidad?	Los consultados, señalaron que; la declaración de parte de los imputados haciendo conocer a los jueces que están inmersos en un caso de Reincidencia no debe considerarse como atenuante de su responsabilidad por cuanto lo que se juzga es la reincidencia. Mientras que las Personas con antecedentes judiciales, manifestaron que; la declaración de parte de los imputados haciendo conocer a los jueces que están inmersos en un caso de Reincidencia debe considerarse como atenuante de su responsabilidad porque está diciendo la verdad sin necesidad de solicitar información sobre la reincidencia.
¿Cuál cree que es la importancia dada por los Fiscales a la agravante de la habitualidad o no lo toman en cuenta?	Los consultados manifestaron que: Los Fiscales le dan la importancia del caso, lo que pasa es que en esta figura por no tener la calidad de sentenciados la habitualidad es más complejo. Mientras que las Personas con antecedentes judiciales; dijeron que algunos Fiscales no le dan importancia tan igual como a la de Reincidencia.
¿Considera el fenómeno de la reincidencia como agravante de la responsabilidad penal?	Los consultados, señalaron que por supuesto que agrava La responsabilidad penal endureciéndose las penas impuestas por los magistrados. Mientras que las Personas con antecedentes judiciales, no consideran como agravante de la responsabilidad Penal porque muchas veces la gente comete delito por necesidad o porque no hay trabajo para las personas con antecedentes judiciales.
¿Considera Constitucional la aplicación de la habitualidad?	Los consultados respondieron: Si consideramos que es constitucional la aplicación de la habitualidad por que endurece las penas y protege el derecho constitucional más importante que es el derecho a la vida entre otros. En cambio las personas con antecedentes judiciales, respondieron: consideramos que es inconstitucional la aplicación de la habitualidad por que endurece las penas y solo busca superpoblar las cárceles del Perú.
¿Cuál cree que es la importancia dada por los Defensores Técnicos a la agravante de la habitualidad o no lo toman en cuenta?	Los consultados respondieron que: Los Defensores Técnicos no le dan la importancia debida a esta agravante, será que tienen mucha carga procesal y en algunos casos lo desconocen.- y las Personas con antecedentes judiciales, manifestaron que los Defensores Técnicos no se meten, no le toman importancia; ellos cuidan su trabajo y nada más.
¿La agravante de la habitualidad solo se debería aplicar para los procesos de Crimen Organizado?	Los consultados dijeron: La agravante de la habitualidad no solo se debería aplicar a los procesos de crimen organizado sino a todos los delitos para que quede precedente para los que se inclinan por cometer delito. Mientras que las Personas con antecedentes judiciales, manifestaron que; La agravante de la habitualidad no se debería aplicar ni a los procesos de crimen organizado ni a delitos comunes porque la ley ya los castigo.

### 4.3. Prueba de hipótesis

Item	Sig. Asintótica Bilateral	Resultado
Item 1	0.001	Item Significativo
Item 2	0.001	Item Significativo
Item 3	0.001	Item Significativo
Item 4	0.001	Item Significativo
Item 5	0.001	Item Significativo
Item 6	0.001	Item Significativo
Item 7	0.001	Item Significativo
Item 8	0.001	Item Significativo
Item 9	0.001	Item Significativo
Item 10	0.001	Item Significativo

### 4.4. Discusión de resultados

Las respuestas dadas por la muestra entrevistada son todas de nivel significativo (Significación Asintótica p: 0.001). Con esto se demuestra que la totalidad de la muestra presente un conocimiento entre parcial y completo de los asuntos referidos a las bases doctrinarias y conceptuales referidos a la Reincidencia y habitualidad. Es decir, sus opiniones están fundamentadas en un conocimiento entre básico y

avanzado de los fundamentos doctrinales de la Reincidencia y Habitualidad y su aspecto agravante.

Los resultados determinan que con las modificaciones realizadas en virtud de la Ley y las modificaciones realizadas en virtud de la Ley 30076, los artículos 46°B 46°C del Código Penal referidos la reincidencia y habitualidad, respectivamente, evidencian en el tratamiento de las faltas, una limitación del acceso a beneficios penitenciarios u otras, se enmarcan en un proceso de endurecimiento del sistema penal, el mismo que parte de un Derecho altamente punitivo.

No se debe olvidar que el Código Penal de 1991 no consideraba la reincidencia ni la habitualidad, sin embargo, debido al incremento de la criminalidad en el país, con el fin de frenar los actos delictivos se dispuso medidas más drásticas, se incorporó en el Código Penal las citadas instituciones jurídicas por Ley N° 28726, publicada el 09 mayo 2006, constituyendo circunstancias agravantes. El artículo 46-B define la Reincidencia como él 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. Entonces la reincidencia constituye circunstancia agravante para la determinación de la pena, y 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. Y el artículo 46-C define la Habitualidad cuando 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. Considerándolos circunstancias cualificadas de agravación para la determinación de la pena concreta. La citada Ley también modifico el artículo 46 del Código Penal incluyendo los incisos 12) habitualidad y 13) reincidencia, para considerarlos como circunstancias genéricas y comunes en la individualización de la pena.

Con ello se creó un problema, como bien lo señaló la Corte Suprema de Justicia, teniendo dos disposiciones funcionales diferentes, considerarlos como circunstancias genéricas y comunes [art.46 C.P.], y también como circunstancias cualificadas de agravación [art. 46 B C.P.] Lo que dio motivo que el tema se tratara en el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial, Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, llevado en la ciudad de Lima el dieciocho de julio del dos mil ocho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el tres de noviembre de dos mil ocho, definiendo las reglas más idóneas para su adecuada aplicación, basándose en que el Tribunal Constitucional declaro constitucional las reformas dadas en la Ley N° 28726. Entre las precisiones establecidas en el Acuerdo Plenario, se deja en claro que la reincidencia y habitualidad solo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido.

El mencionado Acuerdo Plenario considera al reincidente por la repetición de hechos delictivos lo que revela la inclinación a cometerlos, por lo que el plus de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva señalando que procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos:1) 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 carcelaria respectiva, en defecto de uno o de ambos, ha de contar con copia certificada de la sentencias y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario, y 2) como la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación, a menos que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis al amparo de lo dispuesto por el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales.

Diferentes opiniones que se han vertido recientemente sobre el mantenimiento o eliminación de la agravante de reincidencia. Es el caso de Martínez de Zamora (1971)<sup>11</sup> nos ofrece en su estudio una relación extensa de los autores que han mantenido posturas abolicionistas y neoabolicionistas con relación a la reincidencia como agravante penal. A continuación una breve reseña de las mismas:

- LA DOCTRINA ESPAÑOLA ACTUAL se muestra en buena parte e incluso mayoritariamente a favor de la desaparición de la reincidencia como agravante.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, citado por la inmensa mayoría de los autores que han tratado el tema de la reincidencia, fue, en España, de los primeros en manifestarse en contra del mantenimiento de la reincidencia como agravante. Considera este autor que parece aconsejable la supresión de la reincidencia y reiteración como circunstancias agravantes de la pena, y la previsión de un adecuado tratamiento preventivo -medida de corrección y seguridad- ajustado no a las actuales nociones formalistas, sino a realidades criminológicas".
- QUINTERO OLIVARES se muestra abiertamente a favor de la eliminación de la reincidencia como circunstancia agravante, si bien reconoce que atendiendo a

---

<sup>11</sup> Martínez de Zamora, Antonio. [1971] La reincidencia. España. Universidad. Murcia.

razones político-criminales, ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aún a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducirla criminalidad. En 1983 reconocía que el tratamiento más adecuado para la reincidencia sería una medida de seguridad posterior a la pena, aunque este objetivo sería únicamente alcanzable en el contexto de un nuevo Código Penal".

- MIR PUIG, por su parte, se ha mostrado desde siempre en contra del mantenimiento de la reincidencia. En su extenso estudio sobre la reincidencia dice que "Las consideraciones que anteceden hacen deseable la supresión de las circunstancias de agravación de la pena en que la reincidencia se manifiesta en nuestro derecho penal, y muy especialmente de los preceptos que atribuyen eficacia extraordinaria a la multireincidencia". De manera tajante se muestra unos años después: "la reincidencia debe suprimirse en sus dos modalidades. Ni la mayor perversidad del delincuente ni su más elevada peligrosidad pueden justificar el recurso a la pena".

- COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, después de señalar en su manual que la reincidencia se debe enmarcar en otro Derecho Penal, esto es en un Derecho Penal preventivo y de medidas de seguridad, añade que siguen "propugnando la desaparición del mismo instituto de la reincidencia, en sus distintas manifestaciones, así como su consideración agravatoria de la pena, pues ésta ha evidenciado su total inoperatividad".

- MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN también se encuentran entre los autores que se muestran en contra de la reincidencia: "Lo cierto es que resulta difícil encontrar razones en las que fundamentar una mayor culpabilidad por el hecho que se enjuicia y sobre el que recae la agravante. Su fundamento se encuentra más

propiamente bien en lo recalcitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia de las normas penales, bien en su mayor peligrosidad; sin embargo, ni la peligrosidad puede presumirse iuris et de iure como hace el Código en esta materia ni es un concepto en el que pueda asentarse una mayor gravedad de la pena, que debe ir referida a la culpabilidad".

- GARCÍA ARAN, por su parte ya se había manifestado a favor de la supresión de la reincidencia: "no nos queda sino sumarnos al parecer de quienes, por rechazar su carácter moralizante, abogan por su supresión".
- BUSTOS RAMÍREZ tampoco está a favor del mantenimiento de la reincidencia por considerarla carente de fundamento y "claramente inconstitucional".
- GONZÁLEZ-CUELLAR también forma parte de este sector doctrinal. Sostiene que "tanto de la visión del fundamento desde el punto de vista de la doctrina, como desde el campo de la jurisprudencia permite afirmar la falta de sentido de estas figuras". Dos años después es más explícito, al comentar la supresión de la reincidencia soluciona la cuestión de forma adecuada. Por un lado suprime la reincidencia... por otro...establece la medida de seguridad de internamiento en un centro de terapia social para los delincuentes habituales".
- PRATS CANUT después de poner en duda la fundamentación a la que acuden determinados autores señala en una interpretación exclusivamente preventivo-especial que "lo único que expresa con certeza la recaída en el delito es el fracaso del Derecho Penal, o al menos el fracaso de la consecuencia jurídica aplicada al sujeto, de suerte que no parece razonable "aumentar la dosis" de aquello que ya ha fracasado".
- SERRANO MAÍLLO, si bien reconoce que la supresión de la reincidencia genérica en el nuevo Código Penal llevará a aplicar la reincidencia en menor

número de casos, "sigue manteniendo que debe ser suprimida por las razones antes expuestas" que no son otras que la falta de fundamento o justificación.

- ASÚA BATARRITA se muestra más prudente a la hora de pronunciarse sobre la supresión de la reincidencia, decantándose tímidamente hacia esta solución: "El mantenimiento de la agravación por reincidencia únicamente sería aceptable en el supuesto de que se concediese al juzgador la posibilidad de apreciarla o no en consideración de las circunstancias todas que concurran en el delito y en el sujeto".

Entre los autores que se han mostrado a favor de la reincidencia se encuentran: CEREZO MIR, SERRANO GÓMEZ, JAEN VALLEJO, MANZANARES SAMANIEGO, MARTÍNEZ DE ZAMORA y ROMEO CASABONA.

- Para CEREZO MIR la existencia de la reincidencia está plenamente justificada. En su crítica del anteproyecto de Código Penal, Parte General de 1992 ante el hecho de que se suprimiera la agravante de reincidencia manifestó su desacuerdo. Lanzaba una consideración que es finalmente por la que ha optado el Código Penal de 1995: "Podría modificarse, por ello, la regulación de la agravante de reincidencia, en lugar de suprimirla, reduciéndola a la reincidencia específica y propia". Como pondremos de manifiesto en el apartado segundo se alinea con aquellos autores que encuentran el fundamento de esta institución en una mayor gravedad de la culpabilidad. Sin embargo, recientemente ha manifestado que "la reincidencia debe ser una circunstancia agravante de carácter meramente facultativo" y ello porque supone generalmente una mayor gravedad de la culpabilidad. Vemos, por lo tanto, que se ha suavizado la postura de este autor, acorde con el movimiento general de limitación de la reincidencia.

- SERRANO GÓMEZ sostiene que se ha de mantener la reincidencia y ésta se debe basar en la mayor culpabilidad del sujeto. p. 75
- JAEN VALLEJO por su parte aunque no se pronuncia expresamente a favor o en contra del mantenimiento de la reincidencia como agravante se incluye dentro de los autores que están a favor puesto que él si considera que la reincidencia tenga un fundamento, si bien en contra de lo manifestado por los anteriores no lo basa en la culpabilidad entendiéndola, con la sentencia del TS de 6 de abril de 1990, como gravedad de la culpabilidad por el hecho- sino en motivos de prevención especial, puesto que considera que mientras que el principio de culpabilidad se refiere al hecho concreto realizado por el autor, el concepto de reincidencia "se basa en la tendencia del autor al delito, es decir, en una circunstancia ajena a la culpabilidad por el hecho, y como es claro, la gravedad de esta culpabilidad no tiene por qué coincidir con las necesidades de prevención especial de la pena".
- A ROMEO CASABONA le pareció acertada la recuperación de la reincidencia en el Anteproyecto de 1992, que había sido suprimida en el Borrador de 1990, si bien criticaba su inclusión dentro de las normas generales de aplicación de las penas, cuando lo lógico sería incluirla en el artículo que regula las demás circunstancias agravantes.
- MANZANARES SAMANIEGO también se expresó a favor del mantenimiento de la reincidencia como agravante. En su crítica al Anteproyecto de Código Penal de 1992, y, ante el hecho de que este texto volviera a recoger la reincidencia, aunque ubicada en los criterios de determinación de la pena, consideraba -con ROMEO- que su postura es acertada en lo fundamental, aunque la crítica porque considera que debía incorporarse al catálogo general de circunstancias agravantes del art. 21.

- MARTÍNEZ DE ZAMORA no se manifiesta expresamente a favor de la reincidencia, pero de su trabajo se deduce que sí está a favor, pues critica las teorías abolicionistas y encuentra fundamento para esta institución -como se pone de manifiesto en el apartado dedicado al fundamento de la reincidencia en la doctrina española actual.

En consecuencia, existen diversas posturas en contra de esta figura, las cuales radican en que agravar la pena, por la reincidencia del autor se torna contraria a un Derecho penal garantista, máxime de la inoperatividad de esta figura para el logro de los fines de pena, siendo parte de una política criminal totalitaria. Por lo que, en ese sentido, se aconseja la previsión de un tratamiento preventivo. Por el contrario, quienes abogan por su permanencia encuentran justificación en la gravedad de la culpabilidad.

Alcocer Pavis, Eduardo Giancarlos (2017)<sup>12</sup> ha planteado un impreciso resumen de la situación actual del tema de la reincidencia:

En cuanto a la discusión que se tiene sobre la constitucionalidad de la reincidencia, se ha dicho que la aplicación de esta agravante supone la vulneración de la prohibición del bis in idem, al determinarse el monto de la pena tomando en consideración un hecho que anteriormente fue sancionado. También se critica que con la reincidencia el Estado impone una sanción más grave con base en la sola “personalidad” del agente y no en virtud del comportamiento que dicho sujeto haya realizado. Se afirma que estamos ante una ilegítima expresión de un Derecho penal de autor (se le sanciona por lo que es) o del ánimo (se le sanciona por lo que parece ser). Es más, se indica que dicha presunción de peligrosidad podría afectar al derecho a la tutela judicial efectiva si es que no se le

---

<sup>12</sup> Alcocer Pavis, Eduardo Giancarlos (2017) La reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones dogmáticas y de política criminal. España. Universitat Pompeu Fabra.

brinda al ciudadano sometido al proceso la posibilidad de fundamentar la inexistencia de dicho riesgo. Por otro lado, el principio de proporcionalidad también ha sido puesto en tela de juicio, señalándose que con la reincidencia la cantidad de pena supera el daño efectivamente ocasionado. No sólo ello, también se afirma que la sanción más grave carece en este caso de legitimidad por no sustentarse en una real afectación a un bien jurídico.

En el presente estudio se hizo hincapié en los criterios orientados a establecer la legitimidad de la reincidencia como agravante de la pena. Desde una perspectiva general (no vinculada con una regulación en específico), se aprecia que con la reincidencia no se reprocha nuevamente el hecho que fue de una condena anterior. El pasado criminal sólo se toma en cuenta como un dato a fin de graduar la pena. Además, no se sanciona al sujeto “por lo que es” o “por lo que parece ser”, sino por lo que hizo (un hecho más grave). La determinación de la cantidad de pena responde, precisamente, a la entidad de dicho acontecimiento. De otro lado, conforme se expone en el trabajo, al juez debe darse la facultad de decidir agravar la pena al reincidente en atención a la verificación de los requisitos normativos expuestos en el primer capítulo. De esta manera, se permitirá que el sujeto pueda demostrar en el proceso su no peligrosidad. Por último, debe tomarse en consideración que el solo pasado criminal no es suficiente para presumir la peligrosidad. Es indispensable se tomen en cuenta aquellos criterios normativos que permitan delimitarla en cada caso concreto.

Lamentablemente, según la regulación española y peruana sobre la reincidencia, se afectan diversos principios constitucionales: En España, al regularse como una agravante de aplicación obligatoria (no permite al sujeto demostrar su no peligrosidad, ésta se determina con la sola verificación del pasado criminal) y porque se utiliza en su

descripción elementos inciertos (que ambos delitos sean de la “misma naturaleza”) o formales (que ambos delitos estén ubicados en el “mismo Título”) que coadyuvan a sostener el riesgo de que a una persona se le considere “peligrosa” por la sola condición de haber sido condenado anteriormente y no por haber creado, con el segundo hecho, un injusto culpable más grave. De esta forma, los principios de culpabilidad, lesividad, proporcionalidad, presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva son puestos en tela de juicio.

La reincidencia es una circunstancia que agrava la pena. El incremento de esta última se justifica, en principio, en la necesidad de que el Estado responda de modo proporcional ante un injusto culpable más grave. El injusto del reincidente es más grave, en comparación con el injusto que comete el delincuente primario, en tanto el agente, al “volver a delinquir”, vulnera no sólo el bien jurídico tutelado en el tipo acabado de cometer, sino también cuestiona al ordenamiento jurídico en su conjunto (dimensión normativa del daño). Esta situación crea, en algunos casos, una situación de inseguridad real (dimensión empírica del daño). La inseguridad real no es consecuencia de todo delito cometido por el reincidente. Entre otras consideraciones, para llegar a tal situación será necesario verificar ex post que se cumplieron, en el supuesto concreto, diversos criterios normativos: un plazo razonable de prescripción de reincidencia, la relación de injustos y el dolo. De cumplirse estos criterios, desde el plano empírico, se podrá decir que el agente habrá demostrado, en muchos casos, una mayor capacidad lesiva, creando la expectativa de que “va a volver a delinquir”. Del sujeto reincidente se espera más. Y es que su posición, frente al hecho, es más grave que la del delincuente primario, ya que habiéndosele comunicado previamente la declaración de responsabilidad penal (sin haberse, necesariamente, ejecutado la pena, como se propone en este trabajo) optó por enfrentarse nuevamente, y de modo decidido, al ordenamiento jurídico.

La peligrosidad del reincidente estará condicionada, entre otros factores, a las características que debe tener el nuevo injusto cometido y el grado de exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho. Por ello, la legitimidad de la mayor pena impuesta al agente reincidente se basa en la necesidad de que con ella se alcancen los fines preventivos esenciales a su naturaleza sobre la base de una sanción justa, proporcional al hecho más grave cometido.

En el plano político criminal, el costo del nuevo hecho delictivo realizado por el reincidente es atribuible al individuo, a la sociedad y al Estado. En efecto, no puede cargarse el costo que produce el acto del reincidente solamente al individuo, pues el Estado y la sociedad son también responsables al no brindar las condiciones necesarias para lograr la resocialización del condenado. No obstante este escenario, no cabe renunciar a agravar la pena al sujeto reincidente. En primer lugar, porque no se puede desconocer que el condenado es un sujeto de derechos, a quien se le imponen tareas, durante la ejecución de la sanción y luego de ella. El reincidente debe asumir los costos de su opción delictiva, con una mayor pena, distinta a la impuesta al delincuente primario. En segundo lugar, desde el plano económico, una nula regulación de la reincidencia como agravante de la pena crea incentivos en el sujeto peligroso, de obtener beneficios sin una consecuencia jurídica negativa. Es cierto que esta omisión legislativa no determina la reiteración delictiva, pero la podría promover.

Para agravar la pena al reincidente, el legislador debe optar por una alternativa de agravación menos aflictiva, dada la pluralidad de responsabilidades. Esta alternativa me lleva a proponer que el aumento de la sanción al reincidente debe tener como límite el máximo de la pena abstracta. Asimismo, considero razonable que esta agravante sea impuesta de forma facultativa por el juez penal, previa dilucidación en el marco de un

proceso penal respetuoso de los principios que inspiran un Estado social y democrático de Derecho.

De otro lado, en el plano constitucional se ha cuestionado a la agravante por reincidencia la inobservancia del principio de ne bis in ídem (se sanciona dos veces por lo mismo), así como del principio de resocialización; pues se afirma que con ella se trastoca la idea de que dicho fin es deber del Estado para convertirse en un deber que solamente le compete cumplir al condenado. Además, según un sector de la doctrina, con la figura de la reincidencia se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues basta el “pasado criminal” del sujeto para presumir su peligrosidad. En buena cuenta, se dice que esta agravante es ilegítima porque la mayor pena al agente no se explica en el hecho cometido, sino en su “personalidad”, lo cual conlleva, a su vez, la vulneración de los principios de culpabilidad (ésta deja de ser de acto) y de tutela judicial efectiva (se le impide al sujeto acceder a la justicia para demostrar su no peligrosidad). También se cuestiona que el monto de pena a imponerse al reincidente resulte superior al daño causado, afectándose el principio de proporcionalidad. No sólo ello, también se critica que la agravante no tome en consideración que el comportamiento realizado por el reincidente no ha puesto en peligro ni dañado algún bien jurídico penalmente relevante, careciendo el hecho de nocividad social.

Analizada a la reincidencia conforme a los criterios expuestos se considera que la reincidencia como agravante de la pena no afecta ningún principio o derecho constitucional. En efecto, dicha agravante no vulnera el principio de ne bis in ídem, ya que el hecho anterior no se vuelve a evaluar, sólo se toma en cuenta el dato administrativo que acredita el “pasado criminal” en el momento de la determinación judicial de la pena. Dicho de otra forma, el hecho anterior no vuelve a ser sometido a

juicio ni es doblemente reprochado. Tampoco se vulnera el principio de culpabilidad, pues la mayor sanción (no la determinación de la responsabilidad penal) se basa en la gravedad del hecho (el reincidente comete un injusto más grave, en comparación al hecho cometido por el delincuente primario), no en la “personalidad” del sujeto. En esa medida, tampoco se vulnera el principio de tutela judicial efectiva, esto último, en tanto el Estado garantice al sujeto la posibilidad de demostrar durante el proceso su no peligrosidad.

Asimismo, el principio de proporcionalidad no se afecta con la agravante, ya que la pena a imponerse, de modo facultativo para el juez, será adecuada al mayor injusto culpable cometido por el reincidente. Además, aprecio que la agravante de reincidencia no vulnera el principio de lesividad, pues con la nueva conducta antinormativa se verifica un mayor grado de nocividad social que merece ser atendido. Dicho daño se ve expresado en la afectación a la confianza social en la vigencia de las normas que tutelan la seguridad. Con la agravante objeto de comentario tampoco se afecta al principio de resocialización de la pena. Y es que de este principio se extraen compromisos que no sólo le corresponden al Estado, sino también al propio condenado. Este último también tiene un papel en torno a orientar su conducta hacia la socialización (es sujeto y no objeto de la sanción). Para finalizar, agravar la pena al reincidente no se enfrenta con el derecho a la presunción de inocencia, ya que la mayor pena se sustenta en una situación de riesgo creada por el propio agente por la comisión de una nueva conducta delictiva, con especiales características, que hacen más grave el injusto creado. Claro está, dicha situación deberá ser discutida y demostrada en el juicio.

Por último, en el plano normativo, se ha visto que la reincidencia es una figura tradicional tanto en España como en el Perú. En España, se regula a la reincidencia como

una agravante genérica y de aplicación obligatoria. Respecto a la multireincidencia, ésta puede ser aplicada de modo facultativo, pudiendo la pena exceder del marco previsto en la ley. En cuanto a su contenido, el legislador español optó como requisito, tanto para el caso de la reincidencia como en el supuesto de la multireincidencia, un vínculo entre el anterior delito cometido y el nuevo (“mismo Título” y “misma naturaleza”). Esta alternativa normativa ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina, por su excesiva formalidad (que los delitos cometidos estén ubicados en el “mismo Título”) o por su falta de concreción, afectando la seguridad jurídica (que los delitos cometidos sean de la “misma naturaleza”).

Asimismo, se estableció un plazo de prescripción para la aplicación de ambas agravantes (para su verificación se tiene que acudir a lo dispuesto en el art. 136 del CP español, que regula el plazo de cancelación de los antecedentes penales). Además, conforme a la LO 1/2015 de España, para la configuración de la reincidencia se prescinde de los antecedentes penales por delitos leves (es decir, no se aplica la agravante en estos casos). Además, el legislador indica que los antecedentes penales a ser valorados pueden haber sido originados por la existencia de condenas firmes dictadas por un juez o tribunal español o de alguno de los países que formen parte de la Unión Europea. Esta decisión responde a la política de integración entre los países de la región. Sin embargo, en el terreno práctico es discutible, en tanto la posibilidad de que el nuevo delito cometido esté comprendido en el “mismo Título” del tipo sancionado anteriormente en otro Estado europeo resulta una exigencia innecesaria.

En el Perú, actualmente –tanto para la reincidencia como para la habitualidad no se exige normativamente un vínculo objetivo entre el anterior delito y el nuevo. De lege ferenda

esta omisión debe ser subsanada por el legislador, pues como aquí se ha explicado, el vínculo de injustos constituye una condición necesaria para la determinación de la peligrosidad del sujeto que volvió a delinquir. Además, el legislador peruano las regula como agravantes cualificadas, pues la sanción a imponerse puede superar el marco de la pena abstracta. Asimismo, la aplicación de estas agravantes es obligatoria. Por tanto, de manera errónea, no se le otorga al juez la oportunidad de emitir una decisión facultativa. De otro lado, para la aplicación de ambas figuras, en su modalidad básica, se ha establecido, como requisito, un plazo corto de prescripción. No obstante, para la aplicación de ambas agravantes, en sus modalidades “agravadas”, no se ha establecido plazo de prescripción alguno, lo cual es criticable por ser desproporcionado.

## CONCLUSIONES

1. Se comprobó la Hipótesis General que planteaba que es posible luego de un análisis jurídico exhaustivo determinar en qué circunstancias pueden incorporarse las figuras de la reincidencia y habitualidad como presupuesto material de la pena privativa de la libertad a consecuencia de la ley 30076.
2. Se comprobó la Hipótesis Específica 1 que planteaba que es posible luego de un análisis jurídico exhaustivo determinar cuándo los jueces tendrán en cuenta la Reincidencia, y la Habitualidad considerándolas como agravantes, para el mandato de prisión preventiva a consecuencia de la Ley N° 30076.
3. Se comprobó la Hipótesis Específica 2 que planteaba que es posible luego de un análisis jurídico exhaustivo determinar en qué circunstancias se fundamenta la Reincidencia y Habitualidad para el mandato de prisión preventiva como presupuesto material y agravantes consagrado en artículo 268° del CPP 2004.
4. La reincidencia es una circunstancia que agrava la pena. El incremento de esta última se justifica, en principio, en la necesidad de que el Estado responda de modo proporcional ante un injusto culpable más grave. El injusto del reincidente es más grave, en comparación con el injusto que comete el delincuente primario, en tanto el agente, al “volver a delinquir”, vulnera no sólo el bien jurídico tutelado en el tipo acabado de cometer, sino también cuestiona al ordenamiento jurídico en su conjunto (dimensión normativa del daño). Esta situación crea, en algunos casos, una situación de inseguridad real (dimensión empírica del daño). La inseguridad real no es consecuencia de todo delito cometido por el reincidente. Entre otras consideraciones, para llegar a tal situación será necesario verificar ex post que se

cumplieron, en el supuesto concreto, diversos criterios normativos: un plazo razonable de prescripción de reincidencia, la relación de injustos y el dolo.

5. La peligrosidad del reincidente estará condicionada, entre otros factores, a las características que debe tener el nuevo injusto cometido y el grado de exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho. Por ello, la legitimidad de la mayor pena impuesta al agente reincidente se basa en la necesidad de que con ella se alcancen los fines preventivos esenciales a su naturaleza sobre la base de una sanción justa, proporcional al hecho más grave cometido.

6. No se debe olvidar que el Código Penal de 1991 no consideraba la reincidencia ni la habitualidad, sin embargo, debido al incremento de la criminalidad en el país, con el fin de frenar los actos delictivos se dispuso medidas más drásticas, se incorporó en el Código Penal las citadas instituciones jurídicas por Ley N° 28726, publicada el 09 mayo 2006, constituyendo circunstancias agravantes. Asimismo, se considera razonable que esta agravante sea impuesta de forma facultativa por el juez penal, previa dilucidación en el marco de un proceso penal respetuoso de los principios que inspiran un Estado social y democrático de Derecho.

## RECOMENDACIONES

1. Es de suma importancia crear una entidad judicial encargada de la Identidad Criminal, ya que el Registro Central de Condenas muestra disfuncionalidades que afectan su desempeño efectivo. En esta nueva entidad estarían registradas todas las personas que cometieron delitos y faltas y que sería la entidad que proporcione datos confiables en tiempo real, tanto a la Policía Nacional Ministerio Público y Poder Judicial bajo responsabilidad.
2. El personal carcelario (INPE) encargado de la rehabilitación y la resocialización debe ser adecuadamente escogido y capacitado para desempeñar su especializada labor. La dotación de este personal por centro penitenciario debe guardar la respectiva proporcionalidad a fin de que los internos de los Establecimientos Penitenciarios reciban una ayuda personalizada y efectiva, acorde con las modernas técnicas de tratamiento penitenciario. Entre los principales profesionales que desempeñan esta labor son el sociólogo y el psicólogo porque intervienen directamente en las labores de consejería, orientación y en la modificación conductual, mientras que el resto de profesionales juegan un rol complementario de cooperación y apoyo.
3. Es importante desarrollar y aplicar programas y planes con las empresas privadas para que proporcionen trabajo a aquellos internos que están por salir del penal para que de esta forma que no retornen a la vida delictiva ni mucho menos justifiquen su retorno a la vida delictiva con la excusa que al no conseguir trabajo vuelven a delinquir.

4. Es de suma importancia aplicar un adecuado seguimiento al ex condenado y establecer mecanismo de medición de los resultados del trabajo penitenciario que permita corregir métodos y estilos de trabajo que lo hagan cada vez más eficiente y eficaz.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1) AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique (2005) El principio de culpabilidad y la reincidencia en el Derecho español. Legis. Granada.
- 2) Alcocer Pavis, Eduardo Giancarlos (2017) La reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones dogmáticas y de política criminal. España. Universitat Pompeu Fabra.
- 3) Alcócer Pavis, Eduardo. El reincidente como “enemigo”: aproximación al tema. En: Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008. Hurtado Pozo (dir.). García Caverro (coord.). Lima, Fondo editorial de la PUCP, 2009, pp. 256-257.
- 4) Allegra, G. (1928). Dell'abitudine criminosa. Milano.
- 5) Antollsel, F. (1969). Manuale di Diritto Penale, Milano.
- 6) Armenta Deu, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Quinta edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- 7) ASECIO GALLEGO. José María. "El derecho al silencio del imputado". En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 77, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2015, pp.309-325.
- 8) Asua, A. (1982). La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles. Bilbao: El siglo XIX.
- 9) Baratta, A. (1975 ). Criminología liberal e ideología del ladifesasociale, en la QuestioneCriminale. Gennaio-Aprile.
- 10) Barbaroux, C. (1987). De la transportation. Aperçus législatifs, philosophiques et politiques sur la colonisation pénitentiaire. París. París.
- 11) Baumann, J. (1997). Strafrecht, AllgTeil, Bielefeld.

- 12) Belestá, S. (2001). La reincidencia en la doctrina española actual” . artículos Derecho Penal CARMIGNANI. Obtenido de <http://noticiasjuridicas.com/>
- 13) Benavente Chorres, Hesbert. Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano. Aspectos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales. Lima, Normas Legales-Gaceta Jurídica, 2011, pp. 151-152. 20
- 14) Bergalli, R. (1980). La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella. Barcelona.
- 15) Blalock, H. (2002) Estadística Social. Buenos Aires. FCE.
- 16) BoldovaPasamar Y Rueda Martín, “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar”, Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, 2004, pág. 24.
- 17) Bonet y Navarro, José (2008) El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004). Madrid. Gredos.
- 18) Bramont , A. (2001). Luis y Luis Bramont Arias-Torres. Código Penal anotado (4º ed.). Lima: San Marcos.
- 19) BRAMONT ARIAS Y GARCIA CANTIZANO. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial." Editorial San Marcos. 2 edición. 1996. Lima- Perú. Pág. 211
- 20) BRAMONT-ARIAS, Luis; GARCÍA CANTIZANO, María (1998) Manual de derecho penal: parte especial. Edición 4. Lima: Editorial San Marcos, 1998.
- 21) Brousset Salas, Ricardo Alberto (2009) El nuevo proceso judicial y la determinación judicial de la
- 22) Cabanellas, G. (s.f.). Jurístico Enciclopédico (27º ed.). Editorial Heliasta, Tomo V y VII.
- 23) Carnot . (1836). Commentaire sur le Code Penal. París.
- 24) Carrara, F. (1912). Programmaecc, Firenze.

- 25) Carrara, Francesco (2000) Programa del Curso de Derecho Criminal (Traducción: Octavio Béeche y Alberto Gallegos. San José, Editorial Jurídica Continental. ILANUD0.
- 26) Carrio, Alejandro. Garantías constitucionales en el proceso penal. Ed. Hammurabi. 3ª. Edición, 1ª.
- 27) CEREZO MIR, José, Obras completas, tomo I, Editorial Justitia. Lima 2006.
- 28) CEREZO MIR, José, Obras completas, tomo I, Editorial Justitia. Lima 2006.p. 1029.
- 29) CLARIA OLMEDO, Jorge (1996) Tratado de Derecho procesal penal, Edit. Ediar, Bs As, 1996, Tomo V COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO; La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales; Valencia; Tirant lo Blanch; 2003.
- 30) Código Penal de la República. (s.f.). Argentina. Obtenido de <http://www.jusneuquen.gov.ar>
- 31) Código Penal Peruano . (1991).
- 32) Cohen, S. (1972). Sychological survival. The experience of long -term imprisonment, Penguin Books.
- 33) Constitución Política Del Perú . (1979).
- 34) Constitución Política Del Perú . (1993).
- 35) Corte Suprema de Justicia de la República. X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente Y Transitorias, Acuerdo Plenario N.º 4-2016/CIJ-116.
- 36) Crivellari, G. (1890). Il Códice Penale per ilRegnod'Italia. Torino.
- 37) Dell'andro, R. (1950). La recidiva nella teoría della norma penale. Palermo.
- 38) Diez Ripollés, José Luis. La política penal en la encrucijada. Buenos Aires, B de F, 2007, p. 17

- 39) Escobar, Raúl (1997) El marco legal y Jurídico en la investigación criminal. Buenos Aires. Editorial Universidad 1987.
- 40) Ezaine, A. (1977). Diccionario de Derecho Penal (6° ed.). Chiclayo, Perú: Ediciones Jurídicas Lambayeque.
- 41) Ferrajoli, L. (1989). Diritto e ragione. Teoría del garantismopenale, Roma-Bari.
- 42) Ferri, E. (1928). Principa di DirittoCriminale, Torino.
- 43) FRISCH, Wolfgang, "Pena, delito y sistema del delito en transformación"(trad. Coca Vila), en InDret(3), 2014, p. 20
- 44) García Ramírez, Sergio (2003) Derecho Penal. México. UNAM. Porrúa.
- 45) Garzón , E. (1977). Tratado de Derecho. Buenos Aires, Argentina.
- 46) Gaspar Gaspar, L. (1988) La Confesión. Editorial Universal, Buenos Aires.
- 47) Giovanni , E. (1979). Elementos de Derecho Criminal. Bogotá.
- 48) Goffman, E. (1974). Manicômios, prisões y conventos. Sao Paulo.
- 49) GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, Antonio (2003) La reincidencia. E en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.) La reforma del Código penal de 1983, tomo V, vol. 1, Madrid.
- 50) HARO LOZANO. César. "Tratado de Derecho Penal". A.F.A. Editores Importadores S.A. 1/e revisada 1993 Copyright 1995. Pág. 364.
- 51) Hernández Sampieri, H. et al (2010) Metodología de la investigación científica. México. McGraw Hill.
- 52) JIMÉNEZ DÍAZ, María José, Seguridad ciudadana y Derecho penal, Madrid 2006, p. 71:
- 53) Kaufmann, A. (1977). Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna.
- 54) Landa, César. Teoría del Derecho Procesal Constitucional. pp. 196-197.

- 55) Latagliata, A. (1958). Contributoallostudiodella recidiva. Napoli.
- 56) Legislación Federal Mexicana. (s.f.). Obtenido de <http://info4.juridicas.unam.mx>
- 57) Lemert, E. (1967). Estructura social, control social y desviación, en Clinard, Anomia y conducta desviada. Buenos Aires.
- 58) Ley N° 28726. (2006). Modifica Arts. 46, 48,55 DEL Código Penal .
- 59) Maier, J. (1999). “Derecho Procesal Penal”, Bs. As.
- 60) MAIER, Julio (2011) Derecho Procesal Penal Tomo III. Parte General. Actos Procesales. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- 61) Manzini, V. (1899). La recidiva nella sociología, nellalegislazione e nellascienza del dirittopenale, Firenze.
- 62) Martínez de Zamora, A. (1971). La Reincidencia, Murcia.
- 63) MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte General, 10ª edición, Barcelona 2016, p. 638.
- 64) MIR PUIG, Santiago, La reincidencia en el Código Penal, Barcelona 1974, p. 7.
- 65) Oré Sosa, Eduardo. El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 0014-2006-PI-TC. En: Jus-Constitucional, 2 (2008), pp. 77-90.
- 66) Pacheco, J. (1856). El código penal concordado y anotado. Madrid.
- 67) Paterniti, C. (1985). Note al CodiceCriminale Toscano del 1786, Padova.
- 68) Polaino-Orts, Miguel. Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo. Lima, Grijley, 2009, p. 226
- 69) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2000.

- 70) Quiroga León, Aníbal, El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos.” Jurista Editores. Lima 2000, p. 43.
- 71) Reyna Alfaro, Luis Miguel (2015) Manual de derecho procesal penal. Instituto Pacífico, Lima.
- 72) Reyna Alfaro, Luis Miguel. El proceso penal aplicado. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Edición. Lima, 2006, p. 176.
- 73) Roxín, C. (1989). ArtzGunther y Klaus Tiedmann. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Barcelona: Ariel.
- 74) Roxin, Claus (2006) Problemas básicos de Derecho penal. Editorial Reus. Madrid.
- 75) ROY FREYRE, Luis (1974) Derecho penal peruano, parte especial. Lima: Instituto Peruano Ciencias Penales.
- 76) SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal: parte especial. Edición 3°. Lima: Lustita Editores, 2008.
- 77) Sánchez Carlessi, H. (2005) Metodología y diseños en la investigación científica. HSC. Lima.
- 78) SCHMIDT, Eberhard (1957) Fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal. Buenos Aires, 1957
- 79) YSHII MEZA (2013) Ponencia en: Conversatorio Incipp. Determinación judicial de la pena, del 19-7-2013, Incipp-UIGV.
- 80) Zaffaroni, E. (1992). Raúl, «Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal. Caracas: Monte Ávila Editores.
- 81) Zaffaroni, E. (2005). Derecho penal: parte general, B de F (7° ed.). Buenos Aires.
- 82) ZIFFER, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. Buenos Aires, AD-HOC, 1996, p. 157.

83) Zugaldía Espinar, José Miguel. El principio de culpabilidad en las reformas penales. En: AA. VV. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 1094-1095

## ANEXO

### MATRIZ DE CONSISTENCIA

#### EFICACIA DE LA APLICACIÓN DE LAS FIGURAS

#### DE REICIDENCIA Y HABITUALIDAD COMO AGRAVANTES

#### EN EL SISTEMA PENAL PERUANO EN EL DISTRITO JUDICIAL DE PASCO – 2018

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<b>Problema General</b>  ¿Es posible, luego de un exhaustivo  ¿Análisis jurídico y de la legislación comparada,	<b>Objetivo General</b>  Determinar en qué circunstancias pueden incorporarse las figuras de la reincidencia y habitualidad como	<b>Hipótesis General</b>  Es posible luego de un análisis jurídico exhaustivo determinar en qué circunstancias pueden incorporarse las	<b>Variable Independiente</b>  Delimitación conceptual de la reincidencia y habitualidad	La investigación es de tipo aplicado. El nivel es el “Explicativo Causal”. El diseño de la investigación es el "no experimental". En cuanto a su diseño estadístico la investigación

<p>determinar en qué circunstancias pueden incorporarse las figuras de la reincidencia y habitualidad como presupuesto material de la pena privativa de la libertad a consecuencia de la ley 30076?</p> <p><b>Problemas Específicos</b></p>	<p>presupuesto material de la pena privativa de la libertad a consecuencia de la ley 30076.</p> <p><b>Objetivos Específicos</b></p> <p>¿Determinar cuándo los jueces tendrán en cuenta la Reincidencia, y la Habitualidad considerándolas como agravantes, para el</p>	<p>figuras de la reincidencia y habitualidad como presupuesto material de la pena privativa de la libertad a consecuencia de la ley 30076.</p> <p><b>Hipótesis Específicas</b></p> <p>Es posible luego de un análisis jurídico exhaustivo determinar cuándo los jueces tendrán</p>	<p>en el proceso penal.</p> <p><b>Variable Independiente</b></p> <p>Tipificación de la reincidencia y habitualidad penal para su optimización aplicativa.</p>	<p>asume un diseño descriptivo. El universo de la investigación estará conformado por integrantes de diversos niveles de la Corte Superior de Pasco (jueces y secretarios), abogados del Distrito Judicial de Pasco, estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Daniel Alcides Carrión" y analistas especializados en el tema. Se calcula un universo de 200 personas. De la población antes señalada, se tomará una parte</p>
---	--	--	---	--

<p>¿Es posible, luego de un exhaustivo análisis jurídico y de la legislación comparada, establecer cuándo los jueces tendrán en cuenta la Reincidencia, y la Habitualidad considerándolas como agravantes, para el mandato de prisión preventiva a consecuencia de la Ley N° 30076?</p>	<p>mandato de prisión preventiva a consecuencia de la Ley N° 30076?</p> <p>¿Determinar en qué circunstancias se fundamenta la Reincidencia y Habitualidad para el mandato de prisión preventiva como presupuesto material y</p>	<p>en cuenta la Reincidencia, y la Habitualidad considerándolas como agravantes, para el mandato de prisión preventiva a consecuencia de la Ley N° 30076.</p> <p>Es posible luego de un análisis jurídico exhaustivo determinar en</p>		<p>de la misma que sea representativa. (Representa el 95% de los casos con un margen de error del 0.05). La muestra estará conformada por 67 personas. Usaremos el método analítico crítico que se sustenta en la dogmática jurídica para analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se aplicarán cuestionarios y entrevistas. Previamente se determinará la validez del Cuestionario mediante el sistema del "juicio de expertos". La confiabilidad del cuestionario</p>
---	---	--	--	---

<p>¿Es posible, luego de un exhaustivo análisis jurídico y de la legislación comparada, establecer en qué circunstancias se fundamenta la Reincidencia y Habitualidad para el mandato de prisión preventiva como presupuesto material y agravantes consagrado en artículo 268° del CPP 2004?</p>	<p>agravantes consagrado en artículo 268° del CPP 2004?</p>	<p>qué circunstancias se fundamenta la Reincidencia y Habitualidad para el mandato de prisión preventiva como presupuesto material y agravantes consagrado en artículo 268° del CPP 2004.</p>		<p>se establecerá mediante la aplicación del estadístico Coeficiente Alpha de Cronbach.</p>
--	---	---	--	---

## ENCUESTA

La reincidencia y habitualidad en procesos penales a consecuencia de la ley 30076”

Estamos realizando una investigación acerca del control judicial de la reincidencia y habitualidad en procesos penales a consecuencia de la ley 30076 donde debe primar los presupuestos para fundamentar y determinar la pena en la Investigación de los Delitos, Inmersos el Ministerio Público, el Poder Judicial para respetar en la actualidad, con el Código Penal y el Nuevo Código Procesal Penal. La información brindada en esta entrevista es de carácter confidencial, solo será utilizada para los propósitos de la investigación. Agradezco su colaboración.

1. ¿Se aplica la agravante de reincidencia y de la habitualidad en los procesos penales de Pasco?

 SI NO

2. ¿se fundamenta y se aplicación bien la figura de la reincidencia en nuestros tribunales?

 SI NO

3. ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Defensores técnicos a la agravante de la reincidencia?

 SI NO

4. ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Fiscales a la agravante de la reincidencia o no lo toman en cuenta?

SI

NO

5. ¿La declaración de parte del imputado inmerso en una reincidencia debería considerarse como atenuante de su responsabilidad?

SI

NO

6. ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Fiscales a la agravante de la habitualidad o no lo toman en cuenta?

SI

NO

7. ¿Considera el fenómeno de la reincidencia como agravante de la responsabilidad penal?

SI

NO

8. ¿Considera Constitucional la aplicación de la habitualidad?

SI

NO

9. ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Defensores Técnicos a la agravante de la habitualidad o no lo toman en cuenta?

SI

NO

10. ¿La agravante de la habitualidad solo se debería aplicar para los procesos de Crimen Organizado?

SI

NO

**Propuesta legislativa (tomada de un Proyecto de Ley presentado al Congreso de la República).**

## **PROPUESTA LEGISLATIVA**

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;**

**Ha dado la Ley siguiente:**

### **REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD CONGRESO DEL PERÚ**

#### **Fundamentos**

El inciso 1° del artículo 2° de la Constitución Política del Perú señala que toda persona tiene derecho a: “ la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar..”.

El inciso 22° del artículo 2° de la Constitución Política del Perú señala que toda persona tiene derecho a: “la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

El Código Penal de 1924, aprobado por Ley N° 4868, sancionaba la figura de la reincidencia y la habitualidad.

El artículo 111° de este Código señalaba que era reincidente quien después de haber sufrido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad, incurría, antes de pasar 5 años, en otro delito reprimido también con pena privativa de la libertad. Para los reincidentes se les aplicaba una pena no menor que la máxima correspondiente al delito.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 113° incurrían en habitualidad los que cometían delito reprimidos con penas privativas de la libertad después de haber sufrido dos condenas del mismo género de pena, o los que cometieran delito reprimido con cárcel después de haber sufrido otra condena a la misma clase de pena. Estas personas eran relegadas en una colonia penal por tiempo relativamente indeterminado no menor que el máximo correspondiente al delito,  $n$  mitad sobre éste.

Pero el actual Código Penal de 1991 regulado por el Decreto Legislativo N° 635, proscribió de su articulado la figura de la “reincidencia y habitualidad” justificando dicha decisión en que: “Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo”.

La Comisión Revisora del Código Penal de 1991 estimó que “carecía 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”.

Señalaban que 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 de que “nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito”, el mismo que se encuentra consagrado en la Constitución Política.

Pero frente a estos argumentos, podemos afirmar que por el contrario, la experiencia en estos más de 10 años de vigencia del Código Penal ha demostrado que la benignidad o poca drasticidad de las penas impuestas han fomentado e incrementado la reincidencia y habitualidad en la comisión de ilícitos penales; estas penas no han servido para reducir la ola delincencial que vive el país y que se ha visto agudizada por la terrible situación económica que atraviesa el país, lo cual tampoco puede convertirse en una justificación para la comisión de delitos y faltas.

La población viene percibiendo que frente a la comisión de delitos y faltas tan solo cabe la impunidad de los agresores, lo que crea un ambiente de inseguridad y zozobra muy peligroso para el país.

Y esta impunidad es conocida por los delincuentes, quienes “irónicamente” se sienten protegidos por el funcionamiento de nuestro “sistema jurídico penal”; saben que no van a llegar a la cárcel o de hacerlo podrán salir en muchos menos años que los fijados en su sentencia; saben que no podrán permanecer por más de 24 horas en la comisaría, porque si no estarían violando sus derechos.

Tan mal esta funcionando el “sistema” que ya el ex Ministro de Justicia Doctor Carlos Blancas ha señalado que la despenalización, no ha dado resultados porque "es un ir y venir de presos que se liberan a través de beneficios penitenciarios pero regresan por reincidencia" y haciendo un análisis de la situación creada se aprecia que esta

problemática redundante y satura al poder judicial con la formalización de nuevas denuncias y procesos contra estos mismos delincuentes que fueron puestos en libertad, originando además un aumento en el gasto público.

Las estadísticas indican que cada juez penal está recibiendo un promedio de 20 nuevos procesos y en cada proceso hay dos o tres detenidos, lo cual multiplicado por 20 procesos mensuales de cada juez nos lleva a 2,400 nuevos procesos por año. El promedio de reos por proceso los lleva a calcular más o menos 7,200 nuevos internos por año, sólo en Lima.

Es decir, podemos claramente advertir que si el delincuente entra y sale de la cárcel como “Pedro en su casa”, es que el “sistema” no funciona, lo que evidencia que el principio de que la pena tiene una función PREVENTIVA, protectora y resocializadora, no es cierta. Sería preventiva, protectora y resocializadora si es que el interno luego de salir de la cárcel iniciara una vida ejemplar, tal vez modesta pero honesta, pero esta no es la realidad que se evidencia en el país, es todo lo contrario, una vez que se sale de la cárcel se delinque nuevamente, convirtiéndose en un círculo vicioso, que si no se le pone un alto, será mucho más perjudicial para el propio desarrollo del país.

Es por estas razones que consideramos necesario que se incorpore las figuras de la reincidencia y la habitualidad en el Código Penal como una forma de reprimir más drásticamente a las personas que no quieren reintegrarse a la sociedad. Esto no quiere decir que desconozcamos sus derechos, o signifique una violación de sus derechos humanos, por el contrario busca garantizar el pleno respeto de los derechos de la sociedad en su conjunto, y busca convertirse en una medida de disuasión y por ende

preventiva de la comisión de delitos. Si uno quiere delinquir una vez más, pues bien que sepa que esta conducta tiene una consecuencia: UN CASTIGO ALGO MÁS DRASTRICO, y lamentablemente esto es lo que se necesita en una realidad como la nuestra.

### **Efecto de la Vigencia de la Norma sobre la Legislación Nacional**

El efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, no es otro que incorporar la figura de la reincidencia y la habitualidad en nuestro Código Penal, en el orden ha poder reprimir eficaz y justamente a quienes no quieren reintegrarse a la sociedad, así como a contribuir a la prevención de la comisión de delitos.

### **Analisis Costo Beneficio**

La presente iniciativa legislativa no irroga gasto alguno al erario nacional.

### **Conlleva los siguientes beneficios:**

- Pleno respeto de los derechos de las personas.
  - Tranquilidad y mayor confianza de las personas.
  - Clima de seguridad.
  - Justas penas a quienes reinciden en la comisión de delitos.
  - Prevención en la comisión de figuras penales.
- 
-

Formula Legal

Texto del Proyecto

**PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA AL CODIGO PENAL LA FIGURA DE LA REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD**

El Congresista de la República que suscribe, RAFAEL VALENCIA-DONGO CARDENAS miembro del Grupo Parlamentario “Unidad Nacional” ejerciendo el derecho de iniciativa en la formación de leyes que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, así como el artículo 75° del TUO del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente Proyecto de Ley.

El Congresista de la República que suscribe, ejerciendo el derecho de iniciativa consagrado en el artículo 75° del Texto Unico Ordenado del Reglamento del Congreso, propone el siguiente Proyecto de Ley.

**FÓRMULA LEGAL**

## **Texto del Proyecto**

**EL CONGRESO DE LA REPUBLICA HA DADO LA LEY SIGUIENTE:**

### **LEY QUE INCORPORA AL CODIGO PENAL LA FIGURA DE LA REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD**

ARTÍCULO 1º.- Objeto de la norma

La presente ley tiene por objeto incorporar el Capítulo V, al Título Segundo del Código Penal, conforme a los siguientes términos:

TITULO II

DEL HECHO PUNIBLE

CAPITULO V

DE LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD

Reincidencia

Artículo 27-A.- Es reincidente el que después de haber cumplido en todo o en parte una condena de pena privativa de libertad incurra antes de transcurridos tres años, en otro delito reprimido con pena privativa de la libertad. En estos casos los reincidentes serán reprimidos con pena no menor al máximo de la pena correspondiente al delito.

Habitualidad

Artículo 27-B.- Serán considerados delincuentes habituales quienes habiendo cumplido en todo o en parte más de dos condenas privativas de libertad, son condenados

nuevamente con penas privativas de libertad. En estos casos, serán reprimidos con pena no menor al máximo más la mitad de la pena correspondiente al delito.

**ARTÍCULO 2°.- Derogación de normas**

Deróguese todas las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

**ARTÍCULO 3°.- Vigencia de la ley**

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación.

En Lima, a los días del mes de del 2017.

## **REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD**

### **REINCIDENCIA**

La reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o (2) cuando el imputado ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley. En la presente sentencia, se evalúa si la reincidencia atenta contra principios constitucionales tales como el ne bis in idem, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad.

Respecto al principio ne bis in idem, en su configuración material, la cual consiste en la prohibición de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones como consecuencia

de un mismo hecho delictivo, este Colegiado estima que no existe colisión con este principio por cuanto el primer delito cometido no es objeto de una doble imposición de pena si no que se toma en consideración para graduar la pena a un hecho delictivo distinto y el segundo tampoco, ya que solo es objeto de aquella sanción prevista en su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal.

obre el principio de culpabilidad, según el cual la reprobabilidad del delito es un requisito para atribuir a alguien la responsabilidad penal, tampoco se aprecia colisión con este principio por cuanto, si bien entendido en su forma clásica, este principio proscribela consideración de elementos externos al acto ilícito para determinar la reprobabilidad, una interpretación constitucional del mismo 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 inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado.

En relación al principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción del exceso, la medida impugnada cumple con el subprincipio de idoneidad, en tanto se persigue un objetivo constitucionalmente legítimo como lo es cumplir con el deber del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44º de la Constitución), además existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido; cumple con el subprincipio de necesidad, dada la inexistencia de medidas menos gravosas; y con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto el Estado Constitucional de Derecho no solo tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la

libertad personal sino otros bienes constitucionales, como la paz y la seguridad de los ciudadanos frente a delitos como el terrorismo.

## **HABITUALIDAD**

En el derecho penal se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos. En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempo diversos e independientes unos de otros.

A juicio del Colegiado la habitualidad no es inconstitucional por cuanto esta no supone necesariamente que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor de pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos. La reeducación, la reincorporación y la resocialización no son los únicos fines de la pena sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos.

El TC se manifestó sobre este caso en la Sentencia N°00014-2006-PI/TC. ante el cuestionamiento de la Ley N°28726, que incorporó y modificó normas contenidas en los artículos 46°, 48°, 55°, 440° y 444° del Código Penal, y el artículo 135° del Código Procesal Penal.

en 6:40 a. m.