

QUE UNIVERSIDAD NACIONAL “DANIEL ALCIDES CARRIÓN”

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD
CRIMINAL FRENTE AL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM
EN EL DERECHO PENAL PERUANO ”**

TESIS

Para Optar el Título Profesional de

ABOGADO

Presentado por:

FABIOLA MAYUMI URCOS VARGAS

PASCO –PERU

2018

DEDICATORIA

En primer lugar, deseo expresar mi agradecimiento a nuestro señor Dios por haberme dado la oportunidad de estar presente en estos momentos tan importantes para mi persona y mis familiares, asimismo a mis padres de poder compartir conmigo mi titulación como Abogado en nuestra Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión.

De la misma manera va dedicado este trabajo a mis docentes y compañeros de promoción por haber compartido momentos de alegría y satisfacción como alumnos en nuestra Alma Mater.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, nuestro guía por sus excelsas bendiciones y que constituye la razón de nuestra existencia.

A mis padres por su apoyo inconmensurable en el logro de mis proyectos como persona y profesional

A mis demás familiares por su comprensión, paciencia y sacrificios al apoyarme en el logro de mis metas como profesional.

A mis compañeros de promoción por haber compartido momentos de felicidad y fraternidad como estudiantes de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra Alma mater Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se desarrolla en torno a las instituciones de la Reincidencia y la habitualidad criminal frente al principio NE BIS IN IDEM en el Derecho Penal Peruano, considerando que en los últimos años se ha suscitado un gran debate doctrinario sobre los pilares y fundamentos sobre la cual se debe erigir nuestro sistema punitivo teniendo en cuenta las características de un Estado Democrático. En ese sentido es necesario definir a nivel dogmático si estamos ante un Derecho Penal del Autor o un Derecho Penal del Acto. En referencia a nuestro Código Penal de 1991 resulta importante conocer la razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del proyecto del Código Penal, los institutos penales de la Reincidencia y la habitualidad. En ese sentido la Comisión Revisora estimó que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. En ese sentido la Comisión Revisora estimó que castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio NE BIS IN IDEM (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233 inc. 11 de nuestra Constitución Política, según manifestaba dicha comisión

ahciendo referencia a la Carta magna de 1979. Frente a ello un gran sector de la doctrina nacional y extranjera ha considerado que la experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosamente auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social. Sin embargo y como se ha visto posteriormente dichas instituciones han sido reincorporadas en nuestro Código Penal, conllevando ello una grave preocupación teniendo en cuenta las contradicciones que ello implica a los fines y postulados de un Derecho Penal Democrático.

En ese sentido, es de resaltar las implicancias jurídicas y políticas que conlleva la restitución de estas instituciones, más aun cuando las mismas, reincorporadas a nuestro Código penal de 1991 evidentemente si bien pueden tener una base política en la medida en que la sociedad exige respuesta del Estado frente al avance de la criminalidad, sin embargo desde un punto de vista de la dogmática penal y de los principios y postulados de nuestra actual Carta magna, dichas instituciones no guardarían coherencia y afinidad a lo que establece nuestro Orden Constitucional. Por tanto, resulta sumamente importante resaltar la necesidad de que todas nuestras instituciones jurídicas, las mismas sean diseñadas siguiendo los lineamientos políticos y jurídicos de los momentos

actuales, los mismos que demandan su plena coherencia con lo que establece nuestra Constitución Política.

INDICE

INTRODUCCION

DEDICATORIA

RESUMEN

CAPITULO PRIMERO

EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACION

1.1. Identificación y determinación del problema.....	11
1.2. Formulación del problema.....	16
1.2.1. Problema General	16
1.2.2. Problemas específicos.....	16
1.3. Formulación de objetivos.....	17
1.3.1 Objetivo General	17
1.3.2. Objetivos específicos.....	17.
1.4 Justificación del Estudio.....	..17
1.5. Limitaciones de la investigación.....	19
1.6. Importancia y alcances de la investigación.....	20.

CAPITULO SEGUNDO

MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes de la investigación.....	22
2.1.1 Antecedentes Nacionales.....	23
2.1.2 Antecedentes internacionales.....	36.
2.2. La Reincidencia en el Derecho Comparado.....	42
2.3. La Habitualidad criminal en el Derecho Comparado.....	59
2.4. La Reincidencia y la Habitualidad criminal frente al principio Ne Bis In Idem en el Derecho Comparado	61
2.5. La Reincidencia y su desarrollo histórico.....	63
2.6. La Reincidencia y la habitualidad criminal, su punibilidad como antecedentes y su relación con el Derecho Penal del Enemigo.....	66

2.2. BASES TEORICAS- CIENTIFICAS

2.1 Bases teoricas- científicas.....	68.
2.2 Fundamento de la Reincidencia.....	72.
2.3 El Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal Peruano.....	74

2.4. Definición de términos.....	75
2.8.. Hipótesis de la investigación.....	76
2.8.1.. Hipótesis General.....	76
2.8.2. Sistema de variables.....	76.

CAPITULO TERCERO

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Tipo y Nivel de la investigación.....	78
3.1.1. Tipo de investigación.....	78
3.1.2. Nivel de investigación.....	78.
3.2. Método de investigación.....	79
3.3. Diseño de la investigación.....	79
3.4. Población, Muestra y Muestreo.....	80
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	82
3.6. Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	83.
3.7. Validez y confiabilidad del instrumento.....	84
38. Selección y validación de los instrumentos de investigación.	84
39. Plan de recolección de datos.....	84

CAPITULO CUARTO

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Tratamiento estadístico de la investigación.....	86
4.2. Presentación de resultados, tablas, gráficos y figuras.....	89.
4.3. Prueba de hipótesis.....	95.
4.4. Discusión de resultados.....	95.
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	104
BIBIOGRAFIA.....	105
MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	106

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACION

1.1 IDENTIFICACION Y DETERMINACION DEL PROBLEMA

La reforma político-criminal, que se puso de relieve en el Código Penal de 1991, fue de sentar una base de sistemas de punición sobre la base de ciertos principios, que se erigen en una especie de limite frente a la violencia institucionalizada que significa el Derecho Penal. Dichos principios hacen de fuentes programáticas que han de servir como un mecanismo de interdicción a la arbitrariedad pública, cuando el Estado quiere hacer uso de un ejercicio sancionador desmedido, poniéndose en inminente riesgo las libertades fundamentales de los individuos.

La función protectora que despliega el Derecho Penal a través de sus normas adquiere justificación, precisamente, para cautelar las libertades fundamentales, pero dicha función ha de sujetarse a ciertos parámetros jurídico-constitucionales, pues cuando estos son contravenidos, el instrumento punitivo en vez de garantizar dichos derechos se convierte en un arma opresor de los bienes que debería de tutelar, lo cual no se condice con los fines de un Estado de Derecho.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, la Constitución Política, sus principios y derechos fundamentales son el fundamento del sistema jurídico mediante la cual el poder legislativo elabora la normatividad penal, la misma que a su vez deberá ser consistente con el texto constitucional, respetando tales principios y derechos reconocidos en ella, más aun cuando los mismos están también contenidos en los distintos tratados internacionales de las cuales el Estado Peruano es parte signataria de la misma.

Por otro lado cabe señalar que la nueva codificación punitiva en nuestro país traía como plataforma sustancial un Derecho Penal del acto en correspondencia con una culpabilidad por el acto. Un individuo, entonces, solo puede ser pasible de una pena por lo que hizo, nunca por lo que es; ello es lo que distingue a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho de un Estado de Política. En ese sentido cabe señalar que el Derecho Penal Liberal caracteriza por constituir un Derecho Penal de Acto, es decir, que la atribución de

responsabilidad penal se fundamenta en el hecho realizado por el sujeto en contravención a la ley. Esta concepción, característica del Estado Social y Democrático de Derecho e Derecho, conforme a la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional, se opone a aquella que vincula consecuencias jurídicas a partir de la forma de ser o la conducción de la vida del individuo, calificada por la doctrina como Derecho Penal de Autor; en ella, se desplaza la atención del delito como ente jurídico, al delincuente como realidad del mundo natural, visualizándose al delito sólo como expresión de la personalidad del delincuente.

Aclarado lo anterior puedo señalar que en el Derecho Penal moderno el principio NE BIS IN IDEM significa que no cabe aplicar dos sanciones por una misma infracción. Este principio según considera la doctrina surge para poner freno a una intervención desproporcionada e irrazonable del Ius Puniendi estatal, en el sentido que le está prohibido al Estado reaccionar doblemente ante la comisión de un solo hecho punible.

Ante una conducta que ya fue objeto de una sanción punitiva, está establecida la proscripción de que nuevamente se imponga una pena contra dicha conducta, así está prevista en el artículo 90 de nuestro Código Penal. Dicha prohibición tiene que ver fundamentalmente con la institución de la cosa juzgada, esto quiere decir, la inmutabilidad de las resoluciones jurisdiccionales, cuando han adquirido un pronunciamiento firme por parte de la justicia penal.

En la Constitución de 1979 el principio de NE BIS IN IDEM estaba taxativamente regulado en el artículo 233 inciso 11. Hoy en día, la Constitución de 1993 no lo regula literalmente, sin embargo, su presencia es obvia dentro de las garantías establecidas en el artículo 139 así como en otros artículos de nuestro texto constitucional, en donde encontramos por ejemplo la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

De la misma manera, el hecho de " No ser juzgado dos veces por el mismo delito" guarda estrecha relación con los fines de la pena, tales como el protector, resocializador y el preventivo, así como el principio de la cosa juzgada, regulados constitucionalmente. De tal manera que aquello que contravenga a tales principios vulnera lo que un sistema jurídico coherente posee dentro de sus fines y bases, los mismos que deberán ser acordes a los intereses fundamentales del Estado en que se desarrollan.

Como sabemos nuestro actual Código Penal en su redacción primigenia no contempló la institución de la reincidencia, hecho con la cual concordamos toda vez que en un orden democrático de Derecho, los individuos solo pueden ser objeto de punición por lo que hicieron y no por lo que son, esto es, cuando se exterioriza una lesión y /o puesta en peligro de un bien jurídico merecedor de tutela penal. Sin embargo consideramos que con la dación de la ley 28726 en el año 2006 se he quebrado los principios y bases en que se sustenta

un Estado Social y Democrático de Derecho, así como los propios principios en que se sustenta nuestro actual Código Penal como lo hemos mencionado anteriormente, toda vez que las modificaciones realizadas a nuestra normatividad penal, mediante la cual se han introducidas las instituciones de la reincidencia y de la habitualidad, no guarda consonancia con los postulados de un Derecho Penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Hasta antes del 9 de mayo de 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: “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 1° de la Ley N° 28726). La ley en comentario describe cada una de estas instituciones en su artículo 2° de la siguiente manera:

“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.

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”.

Lastimosamente, las últimas reformas penales en nuestro país, importan no solo la experiencia de una funcionalización política del Derecho Penal, sino también su manifiesta “irracionalidad” (Ley N° 28704, 28726 y 28730), que se evidencia de forma clara cuando se quiebra la categoría del bien jurídico y cuando se quiebra la categoría del bien jurídico y cuando se acogen doctrinas penales que se suponía estaban ya superadas hace largo tiempo, nos referimos a las instituciones que caracterizaban el positivismo criminológico. Esta escuela profesaba abiertamente un Derecho Penal de autor e impregnó de forma decidida el Código Penal de 1924, mediante una serie de instituciones de naturaleza criminológica, que apuntaban a una “culpabilidad de autor”.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

1.2.1. Problema general:

¿Por qué razones la institución de la reincidencia y de la habitualidad no se condice con los postulados y fundamentos del Derecho Penal del Acto?

1.2.2. Problemas específicos:

- a) ¿Cuáles son las consecuencias políticas y jurídicas que está originando la figura de la reincidencia?
- b) ¿Qué consecuencias políticas y jurídicas que está originando la figura de la habitualidad?

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

1.3.1 Objetivo general:

Determinar la importancia que debe conllevar el respeto a los postulados y fundamentos del Derecho Penal del Acto.

1.3.2 Objetivos específicos:

Establecer la importancia que debe conllevar el respeto a los postulados y fundamentos del Derecho Penal del Acto en el marco de la Constitución del Perú de 1993

Describir las consecuencias Jurídicas y políticas que puede conllevar el no cumplimiento de los postulados y fundamentos del Derecho Penal del Acto.

1.4 JUSTIFICACION DEL ESTUDIO

La presente investigación que se pretende realizar tiene suma importancia por cuanto está relacionado al desarrollo normativo de instituciones penales como es el caso de la Reincidencia como consecuencia de la avance de la habitualidad criminal en nuestro

país. En tal sentido resulta igualmente importante revisar los fundamentos y postulados del Derecho Penal del Acto y del Autor dentro del marco de un Estado de Derecho a fin de determinar los parámetros y límites que correspondan para no menoscabar derechos fundamentales y los principios del Derecho Penal humanista.

En tal sentido desde ya señalamos que el Derecho Penal en la actualidad tienen que cimentarse en los valores y principios que sustentan un Estado Democrática, en tal caso debe preservarse los derechos fundamentales de la persona humana reconocidos en nuestra Carta magna de 1993 en consonancia con los tratados internacionales sobre derechos humanos, que prioriza a la persona humana, su defensa y protección, ante todo. En esa gama de derechos fundamentales se comprende también todos aquellos que garantizan una recta y justa administración de justicia en nuestro país.

Evidentemente en la actualidad resulta absolutamente importante que la institución de la reincidencia que ha sido introducido en nuestro Código Penal sea compatible con los postulados ya señalados, en razón de que en su redacción primigenia y tal como fue aprobada no se contempló dicha institución, considerando que constituía una afectación al principio NE BIS IN IDEM.

Dicho principio constituye una garantía fundamental de carácter legal y constitucional que prohíbe ser juzgado y sancionado dos

veces por un mismo hecho y que responde a los postulados de una justicia democrática y acorde a una visión humanista. De la misma manera y en esa visión se investigará la incidencia de la reincidencia y de la habitualidad criminal en un contexto de que las sanciones penales se ha agravado; explicando por qué y las razones de ello en función a las corrientes políticas y filosóficas que se han esgrimido para tratar de explicar las razones para el avance vertiginoso de la criminalidad.

Por tanto resulta un tema que tiene connotaciones sociales y económicas, e incluso podríamos decir de carácter cultural, especialmente en los estratos sociales más bajos; de ahí la importancia de la presente investigación.

1.5 LIMITACIONES DE LA INVESTIGACION

La presente investigación que someto a consideración del Jurado Calificador y en cuanto a su desarrollo ha tenido diversas limitaciones como sucede con la ausencia de bibliotecas especializados en nuestra Facultad y en la propia biblioteca central de nuestra institución universitaria, limitaciones que incluso alcanza hacia la misma sede de la Corte Superior de Justicia de esta ciudad y del propio Ministerio Público que no cuentan con biblioteca especializadas con acceso al público en general.

Por lo señalado y a fin de alcanzar el desarrollo de mi trabajo de investigación he tenido que viajar a la ciudad de Lima a fin de realizar

consultas bibliográficas en la biblioteca del Colegio de Abogados de Lima y de la propia biblioteca central de nuestra ciudad capital, y ello con las limitaciones presupuestales que conlleva el traslado frecuente a nuestra capital.

1.6 IMPORTANCIA Y ALCANCES DE LA INVESTIGACION

La presente investigación se orienta a esclarecer desde un punto de vista de la dogmática penal las implicancias de la restitución de las instituciones de la reincidencia y la habitualidad en nuestro Código Penal frente al principio constitucional del NE BIS IN IDEM, considerando que en los momentos actuales recobra con mayor fuerza la necesidad de que las instituciones jurídicas se encaucen a las corrientes democráticas, en este caso con prevalencia del Derecho Penal del Acto y no del Autor.

Sim embargo es de resaltar que en los últimos años con el avance vertiginoso de la criminalidad en nuestro país y frente a los reclamos de la ciudadanía en general para que el Congreso nacional asuma la aprobación de normas mas duras, frente a ello, y que desde un punto de vista social puede ser justificable, sin embargo desde un punto de vista de la política criminal ello evidentemente es un tema sumamente controversial si consideramos que de acuerdo a informaciones fidedignas y datos objetivos está comprobado de que no existe relación entre la agravación de la pena y la disminución de la criminalidad.

Por lo señalado y estando a lo señalado considero que la presente investigación es viable, en razón de que los aportes que se derivan de la presente deberán servir de solución a los problemas de la criminalidad y su tratamiento desde un punto de vista real y con base científica.

En ese sentido la presente investigación tiene suma importancia si consideramos que en los momentos actuales y ante el avance vertiginoso de la criminalidad en nuestro país, muchas veces se acude a salidas coyunturales con impacto social, pero que no corresponde a un estudio serio y meticuloso sobre dicho fenómeno social, nos referimos a la criminalidad.

Los momentos actuales demandan estudios serios desde un punto de vista de nuestra dogmática penal, de forma tal que es de necesidad de que nuestros instrumentos legales como sucede con nuestro Código Penal, el mismo responda a un enfoque técnico y no político. Es decir necesitamos una política criminal que responda a un estudio de nuestra dogmática penal conforme a las nuevas corrientes que ha creado la doctrina nacional y comparada.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO:

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

En primer termino debo señalar que en todo Estado Democrático, nuestra Constitución Política, sus fundamentos y postulados políticos y filosóficos son el sustento de todo nuestro Derecho Positivo. En tal sentido, debe tenerse en cuenta lo señalado al momento de elaborarse cualquier norma legal por parte de nuestros legisladores considerando la Teoría de Hans Kelsen sobre la jerarquía de nuestras normas jurídicas. En tal sentido resulta preocupante cuando dichas normas de menor jerarquía no se condicen con lo que establecía nuestra Carta Magna de 1979 como sucedió con la incorporación de la Reincidencia y la habitualidad en nuestro Código Penal de 1991, considerando que dichas instituciones transgredían el principio constitucional del NE BIS IN

IDEM establecido en el artículo 233 inciso 11 de dicha Carta Magna que a la letra decía lo siguiente:

- La prohibición de revivir procesos fenecidos. Nadie puede ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme”.

Como sabemos la Reincidencia y la Habitualidad se encontraban proscritos en nuestro Código Penal de 1991; sin embargo, desde su incorporación por medio de la Ley Nro. 28726, de fecha 09 de mayo del 2006, estas figuras han ido evolucionando desde la expedición de las leyes Nro. 29407, del 18 de setiembre del 2009, Ley Nro. 29570, del 25 de agosto del 2010, la Ley Nro. 29604, del 22 de octubre del 2010, la ley Nro. 30068, del 18 de julio del 2013, la ley Nro. 30076, del 19 de agosto del 2013, y finalmente el Decreto Legislativo Nro. 1181, del 27 de julio del 2015, todo ello como es de entender han afianzado nuevos criterios de punibilidad.

La presente investigación relacionado a la reincidencia y la habitualidad criminal frente al principio Ne Bis In Idem, al respecto cabe señalar la existencia de un Derecho Penal del Autor y de un Derecho Penal del Acto. En cuanto se refiere al Derecho Penal del Autor, el mismo tiene como antecedente la escuela clásica de esta disciplina, resaltando dentro de ella la corriente lombrosiana, en donde para determinar la condición de criminal de una persona se tenía en cuenta sus caracteres somáticos y antropológicos; es decir sus rasgos físicos propios de su personalidad. Con el correr de los

tiempos evidentemente esta corriente ha ido evidenciado sus propias debilidades científicas, llegándose a desarrollar el Derecho Penal del Autor, el mismo que se sustenta en la conducta realizada por el presunto autor de un delito.

Cabe recordar que lo que debe imperar hoy en día es un Derecho Penal de Acto **y** no de Autor. Es decir las personas que vulnera una norma penal solo pueden ser objeto de punición por lo que hicieron y no por lo que son.

Por otro lado y en cuanto se refiere a la reincidencia y a la habitualidad, las mismas han sido incorporada en nuestro actual Código Penal de 1991 y posterior a su aprobación y ello mediante ley 28726, la misma que señala lo siguiente en sus artículos primero y segundo:

“Artículo 1.- 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, 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 en encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancias no se computará 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.

Por otra parte, esta norma, nos referimos a la ley 28726, la misma incluso ha sido materia de una acción de inconstitucionalidad, en donde nuestro Tribunal Constitucional de manera increíble ha declarado infundada la demanda, decisión deplorable y con la cual obviamente no estamos de acuerdo, en razón de que no se condice con los fundamentos del Derecho Penal del Acto.

Asimismo es necesario señalar que la misma Comisión Revisora del Código Penal peruano de 1991 se pronunció respecto a esta problemática en los siguientes términos:

“Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto del Código Penal, los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. Hoy no resulta válido en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustenten su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La

Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio Non bis in idem (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233° inciso 11) de la Carta Política. La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención genera, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezado de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social”.

2.1.1. Antecedentes nacionales

Atto Mendives Magda Victoria, (2010) en su trabajo: “La reincidencia y habitualidad desde un análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional”, señala lo siguiente:

“ Como bien sabemos, nuestra Constitución Política, sus principios y derechos fundamentales, son el pilar de nuestro sistema jurídico y, por lo tanto, la matriz mediante la cual los legisladores deben elaborar la normatividad, la cual debe ser coherente con el texto constitucional, así como respetando tales principios y derechos contenido en ella”.

En el presente trabajo, se realiza una crítica a la incorporación de la Reincidencia dentro de la normatividad penal peruana ya que es contraria, y así se señala, al principio de Ne bis In ídem y por tanto inconstitucional, posición con la cual coincidimos por ser contraria a los principios del Derecho Penal del Acto.

Si bien es cierto, que el principio Ne bis in Ídem ya no está taxativamente señalado en nuestra constitución vigente, como si estaba previsto en la Carta Magna de 1979, existen ciertas garantías y derechos constitucionales, cuya interpretación sistemática y teleológica nos señalan que dicho principio aún se halla inmerso en nuestro Derecho positivo. De ahí la necesidad de estudiar las instituciones de la Reincidencia y del Ne bis in ídem a fin de poder llegar a una interpretación más acorde a nuestro Derecho positivo. Por lo demás, cabe señalar que el problema se ha acrecentado desde el punto de vista dogmático

considerando que lo resuelto por nuestro Tribunal Constitucional respecto a la Inconstitucionalidad o no de los artículos 1º y 2º de la Ley de la Reincidencia, los mismos que han sido duramente criticados recientemente por diversos autores y lo que supone cierta involución e incluso desprestigio para el Derecho Penal Peruano dada su inconsistencia, incoherencia e incongruencia con los fines de la pena, cosa juzgada y demás principios universalmente aceptados como el de Ne bis in ídem, que han sido asumidos por el Derecho Compoarado y por el Sistema Internacional de Justicia en el mundo.

Por su parte el **autor Tantaleán Odar Christian Fernando**, (2008) en su trabajo: “Reincidencia y Ne bis in Ídem (La inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la ley nº 28726).” señala lo siguiente:

“ La Constitución Política de nuestro país, sus principios y derechos fundamentales son base de nuestro sistema jurídico y matriz mediante la la cual los legisladores elaboran la normatividad, la misma que a su vez deberá ser consistente con el texto constitucional, respetando tales principios y derechos contenidos en ella.

El presente artículo, refleja una crítica a la incorporación de la Reincidencia dentro de la normatividad penal peruana por ser contraria al principio de NE BIS IN IDEM y por tanto

de naturaleza inconstitucional. Aunque , si bien es cierto, el principio antes mencionado ya no esta expresamente regulado en el texto constitucional de 1993, existen garantías constitucionales en las que tal principio aún se encuentra inmerso y cuyo contenido sigue siendo de naturaleza constitucional”

Entendemos que para dicho autor, no es constitucional dichas instituciones de la Reincidencia y de la Habitualidad que han sido incorporadas en nuestro, razón por la cual resulta importante conocer las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir dichas instituciones del Proyecto del Código Penal de 1991, ya que estos sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor).

“ Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto del Código Penal, los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. Hoy no resulta valido en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustenten su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal del autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, via la

reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio NON BIS IN IDEM (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233 inciso 11) de la Carta Política. La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo pegrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social”

Por su parte el autor nacional **Peña Cabrera, Raúl** decía lo siguiente.

“ En principio, el concepto jurídico de reincidencia no coincide con la significación gramatical. En efecto, una sucesión de delitos juzgados de una sola vez, nos recuerda la hipótesis de la reiteración o concurso real. En la

reincidencia, el agente comete el segundo o sucesivos delitos, mediando una condena por el hecho o hechos anteriores. Lo que, importa, es la existencia de una sentencia condenatoria definitiva anterior”.

Refiriéndose al Código Penal de 1924 decía lo siguiente:

“ La ley penal peruana, determina el concepto jurídico de la reincidencia en el artículo 111, cuyo texto es el siguiente: es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito reprimido también con pena privativa de la libertad”

Entendemos la alarma social que está originando el incremento de la delincuencia en nuestro país, debiendo conllevar ello respuestas efectivas por parte del Estado, sin embargo sin embargo, la experiencia ha venido demostrando que la drasticidad de las penas establecidas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para cesar con la concurrencia de delitos, por ejemplos los diversos caso de feminicidio en agravio de la mujer en nuestro país. .

La Reincidencia de acuerdo al Derecho Penal del Autor se sustentan en el modo de vida y características de un individuo .La Comisión Revisora estimó en su momento

que carecía de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena con respecto a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otra razón que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, adecuadamente ejecutadas. De acuerdo a este criterio, sancionar a una persona considerando sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, implicaba una violación del principio no bis in ídem (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el cual se encontraba consagrado en el artículo 233º inciso 11 de la Constitución de 1979 y en el Art. 139, inc. 13 de la actual Carta Magna de 1993.

De la reincidencia se ha dicho por algunos que, si bien es verdad que no modifica el injusto de la conducta del sujeto, máxime si se tiene en cuenta el alcance del llamado “dogma del hecho”, aumenta la culpabilidad, por cuanto es mayor el reproche que se puede hacer a quien por propia experiencia sabe bien cuál es el sentido de las prohibiciones jurídicas. El argumento es atendible, pero frente a él se opone por otros que la reincidencia es, ante todo, el fracaso de la eficacia o funciones del Derecho Penal, y que por la sola recaída en el delito no se puede suponer que han variado antes al contrario, las condiciones de marginación o de incapacidad de reinserción que en su

momento determinaron la primera infracción, sino que posiblemente esas condiciones determinantes de la decisión delictiva pueden haber aumentado, es decir se hace alusión a causas socio económicos, situación muy común en países como el nuestro.

La Posición del Tribunal Constitucional de acuerdo a la Reforma del Art. 46 del Código Penal en sus Incs. 12 (habitualidad) y 13 (reincidencia), el Tribunal Constitucional peruano ha confirmado el criterio seguido respecto de la cuestionada constitucionalidad de la figura de la reincidencia como agravante de la pena. De esta forma, ha evaluado si dicha figura vulnera el principio del Ne Bis In Idem, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, todos reconocidos por la Constitución de forma directa o indirecta como principios que limitan el ius puniendi del Estado. Sobre el principio del ne bis in idem, el Tribunal ha señalado que “el primer delito cometido – aquel que es objeto de consideración– no recibiría una pena adicional ni una agravación; sino simplemente su consideración a efectos de graduar la pena a atribuirse a un hecho delictivo distinto. Por su parte, señaló que el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento– no sería tampoco objeto de una doble imposición de pena,

sino solo de aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes referidos a similar tipo penal. En ese sentido, el tribunal consideró que consagrar la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*". Dicha posición evidentemente no lo comparto, en razón de que si considero que se vulnera el principio *ne bis in ídem* y nos remonta a etapas ya superadas del Derecho Penal y se sustenta en los fundamentos del Derecho Penal del Autor, el mismo que no se condice con los fundamentos de un Estado Democrático. Dicho de otro modo, en opinión del Tribunal Constitucional la reincidencia no vulnera el contenido material del *ne bis in ídem* teniendo en cuenta que no cumple con la triple identidad requerida: sujeto, hecho y fundamento. Así, aun cuando existe identidad en el sujeto (que comete el delito antecedente y el hecho delictivo posterior o reincidente), no se trataría del mismo hecho pues la sanción se dirige a dos actos delictivos diferentes, acaecidos en momentos distintos. Esto último también fue señalado en la sentencia referida a la inconstitucionalidad de los decretos legislativos que regulan el procedimiento para el juzgamiento del delito de terrorismo en la que se

menciona que “el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in ídem*”. En ese sentido, se puede decir, que la ley penal se debe aplicar respetando escrupulosamente el principio de igualdad, y si se tiene que enfatizar en la persecución y castigo de un delito será sobre la base de la gravedad del hecho, las consecuencias sociales más perjudiciales que se generen o, según se trate, una criminalidad de sujetos y grupos poderosos. Asimismo, no debe fomentar la impunidad y, en todo momento, buscará eliminar las lagunas de punibilidad, siempre que existan un merecimiento y necesidad de pena.

Así pues, y estando a lo señalado puedo señalar, constituye una regla general en la dogmática penal y en el Derecho Comparado de que nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, Y es que, dígase lo que se diga, el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito consagrado por la Constitución en su Art. 139, inc. 13 se viola cuando se aumenta al reincidente la punición por un delito en virtud del cual ya se impuso

pena. Se le está juzgando dos veces por ese delito y se crea una contradicción, la de llevar a un sujeto más allá del límite de culpabilidad. El hecho concreto no tiene más gravedad que la propia y ésta no se debería ver incrementada por la de otros hechos ya sancionados con anterioridad. A este razonamiento, hay que agregar el argumento de que “(...) se da una ultractividad de las consecuencias del delito (...)”, vale decir, el criterio de la reincidencia en nada se condice con una determinada agravante de un tipo penal, ello porque la agravante de un delito lleva ínsito el dolo del autor y se desvalora tanto la acción como resultado, pero con un plus más de pena, visto ello, producto de la mayor gravedad del injusto – por ejemplo un robo con el empleo de una arma de fuego o un robo con subsecuente muerte–, mientras que en la reincidencia, no se valora ello; muy por el contrario, aquí lo que interesa es la desvaloración por haber cometido otro delito. En otras palabras en la reincidencia, entre el primer delito cometido y el segundo se da un nexo tan fuerte, que el criterio de valoración gira como si se tratara de un mismo delito, siendo el primero un antecedente del segundo. Respecto al principio de proporcionalidad, el tribunal analiza la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de agravar la pena a los reincidentes.

2.1.2. Antecedentes internacionales

Grassi Ivan Augusto, respecto de la reincidencia y en una ponencia realizada decía lo siguiente: “ Hablar de problemática, es referirse a cuestiones no dilucidadas, tanto en el ámbito de la doctrina como de la jurisprudencia: Por ello, la presente ponencia tiene como fin presentar la misma y adentrarnos en las posiciones que validan o la invalidan, ya que el instituto será posiblemente tratado en la próxima reforma integral del Código Penal Argentino.

La importancia del instituto de la reincidencia radica, que el mismo es transversal a todo el proceso penal, es decir tiene incidencia desde momentos muy tempranos del ejercicios del poder punitivo, como ser al momento que una persona es sindicada penalmente y solicita el beneficio de eximición de prisión o al estar, peticionando su excarcelación , puesto que una de las causales denegatorias de la ley de rito provincial (art. 375 del C.P.P.), es presentar la calidad de reincidente hasta el momento de graduar la pena a establecer o denegar un beneficio en el proceso de ejecución de una pena”

Al respecto, expresa **Roxin Claus** que “... El Derecho Penal es más bien la forma en la que las finalidades

político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica... Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud político-criminal es, desde un principio, imposible y también pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática jurídico-penal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y estas, a su vez en reglas jurídicas de lege lara o ferenda, cuyos estadios concretos son de igual manera importante y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo”.

Martínez de Zamora, Antonio señala respecto a la reincidencia:” A nuestro modo de ver, el estudio de la reincidencia no puede apoyarse en el de la repetición delictiva, ya que, desde un principio, hay que distinguir entre la simple multiplicidad de delitos cometidos por un mismo sujeto y la recaída en el delito pese a la condena, es decir, ha de trasladarse el juego de la sentencia penal de condena desde su posición de elemento diferenciador de la reincidencia dentro del concepto de reiteración, hasta hacerla funcionar como carácter específico de una especial reiteración; la repetición delictiva tras la condena, colocada junto a la pura reiteración, pero independientemente de ella.

La diferencia normativa radicaría en la existencia o no de una más fuerte prohibición de delinquir”.

Pérez (2011), en su tesis titulada: Estudio jurídico de las agravantes de reincidencia y habitualidad de conformidad con la legislación penal guatemalteca, concluye que la reincidencia es contraria al principio fundamental non bis in ídem, a la cosa juzgada, a los fines de la pena y a las garantías reguladas en el sistema jurídico guatemalteco y es demasiado genérica, ya que no determina el tipo de reincidencia punible y ello permite que la generalidad sea obvia, así como la falta de especificidad en la redacción de la norma y en la cantidad de vacíos actuales en la práctica penal.

Además, que no es lógico ni humano y crece de sentido jurídico el incremento de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía las agravantes de reincidencia y habitualidad, sin otro fundamento a que la existencia de condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas y que el castigo a una persona cuyas consecuencias penales ya se ha satisfechos; conlleva a una violación al principio de ser juzgado dos veces por un mismo delito. Y que en la actualidad la presencia de la legislación es inconsistente con la normativa constitucional, y ha ocasionado un gran impacto que ha dejado duda a los

estudiosos del derecho en el campo penal y por ende es fundamental la búsqueda de soluciones lógicas y coherentes, así como también el establecimiento de recomendaciones óptimas al respecto.

Sanhueza Vilches, Daniela señala sobre la reincidencia lo siguiente: “ La reincidencia está construida, en términos generales, sobre “ el hecho de volver a cometer un delito después de haber sido condenado anteriormente por el mismo o por otro delito”. Es una derivación de la palabra *recidere* en latín, que significa caer de nuevo o recaer. Esta “repetición de una acción delictual”, genera una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito”. A estas alturas de mi investigación puedo señalar que la reincidencia se fundamenta con los principios del Derecho Penal del Autor.

El Derecho Penal Liberal se caracteriza por constituir un Derecho Penal de Acto, es decir, que la atribución de responsabilidad penal se fundamenta en el hecho realizado por el sujeto en contravención a la ley. Esta concepción, característica del Estado Social y Democrático de Derecho, se opone a aquella que vincula consecuencias jurídicas a partir de la forma de ser o la conducción de la

vida del individuo, calificada por la doctrina como Derecho Penal de Autor; en ella, se desplaza la atención del delito como ente jurídico, al delincuente como realidad del mundo natural, visualizándose al delito sólo como expresión de la personalidad del delincuente.

Sin perjuicio de las precisiones que haremos, en principio, y en atención al origen etimológico de la palabra, diremos que reincidencia significa recaída, es decir caer e lo mismo. En definitiva, el aspecto más relevante es el acto material de la recaída del culpable en la comisión de delitos, es decir cometer u nuevo delito.

En la legislación penal uruguaya se sostiene sostenía que la reincidencia se caracteriza por la repetición de delitos, que podrían ser iguales- reincidencia específica-, o diferentes reincidencia genérica-; y entendía que la reincidencia se diferenciaba de la reiteración porque en la reiteración los delitos se suceden sin la interposición de una condena.

Por su parte, **Zaffaroni, Eugenio** dice lo siguiente:” Es difícil proporcionar un concepto satisfactorio de reincidencia a nivel internacional, dado que los esfuerzos que se vienen realizando en este sentido desde hace décadas no resultan alentadoras, como lo demuestran las tentativas en el Congreso Internacional de Criminología de

1955 y en el Curso Internacional de 1971. Esta dificultad obedece a varias razones: a) Conspira contra una definición pacíficamente aceptada la disparidad de presupuestos exigidos en la legislación comparada, que da lugar a la clasificación más corriente entre genérica o específica y ficta o real, b) Esa misma disparidad y la incorporación legislativa de conceptos que implican a la reincidencia o que le son próximos (como la multireincidencia, la habitualidad, la profesionalidad o la tendencia), hacen inevitable la parcial su proposición con éstos, c) Ocasionalmente, estos conceptos próximos y parcialmente superpuestos admiten hipótesis de reiteración, lo que confunde más las cosas al desdibujar los límites entre esta y la reincidencia, d) Por último, los intereses científicos de los juristas y de los criminólogos no suelen coincidir en esta materia, por lo cual los objetos que focalizan son diferentes y, por ello, las delimitaciones conceptuales resultan dispares”.

2.2. La Reincidencia en el Derecho Comparado.

Como veremos a continuación y respecto a la institución de la Reincidencia, la misma se ha desarrollado en el Derecho Comparado de manera diversa si consideramos los fundamentos políticos y dogmáticos que sustenta a esta figura.

ALEMANIA

Como señala la doctrina, el Código Penal alemán, no contiene en su parte general un catálogo cerrado de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal con efectos tasados. Por el contrario, es a la hora de regular cada tipo penal en la Parte Especial cuando se establecen las conductas de mayor gravedad o de menos gravedad.

Así en el Parágrafo 46 señala lo siguiente:

“ I. La culpabilidad del autor será el fundamento de la medición de la pena. Se deberán considerar los efectos derivados de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.

II. En la medida de la pena el tribunal ponderará las circunstancias favorables y contrarias al autor. Con este fin se contemplarán particularmente:

Los fundamentos de la motivación y los fines del autor, La intencionalidad que se deduce del hecho y la voluntad con la que se realizó el hecho,

La medida del incumplimiento del deber,

El modo de ejecución los efectos inculpativos del hecho,

Los antecedentes del autor, su situación personal y económica, así como su conducta después del hecho, especialmente sus esfuerzos para reparar los daños y su esfuerzo para acordar una compensación con el perjudicado”.

Cabe señalar asimismo, que en el modelo alemán, la Reincidencia no constituye una causa general de agravación de la pena, sin embargo si lo fue considerado en ese sentido en el pasado.

ITALIA

El Código penal italiano dispone de un sistema de individualización penal de mayor complejidad que el alemán. Además de las circunstancias agravantes específicas contenidas en la parte especial, en la Parte General se contiene un catálogo cerrado de hasta once diferentes circunstancias agravantes genéricas, que pueden ser tomadas en consideración por el Juzgador en el momento de la individualización de la pena siempre y cuando no sean elementos constitutivos del tipo penal o constituyan circunstancias agravantes especiales.

En cuanto se refiere a la Reincidencia en el Código Penal italiano, es de resaltar la posibilidad de aumentar la pena a imponer al reo, posibilidad que depende en último término de la discrecionalidad del órgano jurisdiccional. En ese sentido cabe precisar que la Reincidencia no es una circunstancia agravante común como las restantes contenidas en el catálogo del artículo 61, sino que constituye una institución especial regulada en un Título distinto. La regulación de esta institución penal se ubica en el Libro I, Título IV, Capítulo II sobre la ubicación sistemática de la regulación de la

reincidencia, resulta importante señalar que mientras las circunstancias agravantes comunes del artículo 61 se regulan en el Libro I, Título III “ Del delito”, Capítulo II titulado “ De las circunstancias del delito”, la reincidencia se ubica en el mismo libro I, si bien en el Título IV bajo la denominación: “ Del delincuente y de la persona ofendida por el delito”, Capítulo II titulado “ De la reincidencia, de la habitualidad y profesionalidad en el delito y de la tendencia a delinquir. En tal sentido, y sin perjuicio de señalar nuestra observación a tal ubicación, la institución de la Reincidencia está establecida en el artículo 99 del Código Penal italiano de la siguiente manera:

Artículo 99.- Reincidencia

“Quien después de haber sido condenado por un delito, comete otro, puede ser sometido a un aumento de hasta un sexto de la pena que le corresponda por el nuevo delito.

La pena podrá ser aumentada hasta un tercio en los siguientes casos:

- 1.- Si el nuevo delito es de la misma índole,
- 2.- Si el nuevo delito es cometido dentro de los cinco años de la condena precedente,
- 3.- Si el nuevo delito ha sido cometido durante o después de la ejecución de la pena, o durante el tiempo en el que el condenado haya estado voluntariamente sustraído a la ejecución de la pena.

SUIZA

En el caso de este país helvético, es de tener en cuenta que en materia de crímenes y delitos, el Código Penal contiene en su Libro I,

Titulo III, Capitulo II bajo la denominación de “ Fijación de la pena” , un articulado dedicado a establecer las directrices de la individualización judicial. En ese sentido el artículo 63 establece lo siguiente:

“ El Juez fijara la pena según la culpabilidad del reo, teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes y la situación personal del delincuente”.

Lo señalado se debe, a que en la Parte General del Código Penal Suizo no existe un catálogo cerrado de circunstancias generales de agravación de la responsabilidad criminal. Sin embargo, el artículo 64 señala una serie de circunstancias atenuantes de aplicación general, cuyos efectos vienen previstos en el artículo 65.

En cuanto se refiere a la institución de la Reincidencia, cabe señalar que su regulación en crímenes y delitos se halla contenido en el artículo 67, que establece como efecto principal de su apreciación la agravación obligatoria de la pena a imponer al reo. En tal sentido señala lo siguiente:

Articulo 67.- “Agravación de la pena: reincidencia

1.- Si el delincuente ha cumplido, aunque no parcialmente, una pena de reclusión o de prisión en los cinco años anteriores a la comisión de la infracción por la que es de nuevo condenado a una pena de reclusión o de prisión, el Juez aumentara su duración, si bien no podrá superar al máximo legal del género de pena.

La ejecución en un establecimiento de una medida de seguridad de las previstas en los artículos 42, 43 o 44, o de una medida de las previstas en el artículo 100, así como la remisión de la pena por causa de indulto se asimilarán a la ejecución de una pena anterior.

2.- Se asimilará a la ejecución en Suiza, la ejecución en el extranjero de penas y medidas análogas a aquellas que previene el presente Código, si el procedimiento judicial seguido no es contrario al orden público Suizo,

PORTUGAL

El Código Penal de Portugal no contiene en su Parte General un catálogo cerrado de circunstancias generales de agravación o atenuación de la responsabilidad criminal, siendo necesario recurrir a la Parte Especial para determinar las conductas agravadas, como sucede con el artículo 146 o atenuadas lo señalado en el artículo 147. Asimismo es de señalar, que en la Parte General dentro del Libro I, Título III, Capítulo IV, Sección I, el artículo 72 enumera una serie de circunstancias que permiten una especial atenuación de la pena según lo establecido en el artículo 73.

En cuanto se refiere a la institución de la Reincidencia es de señalar que la misma se encuentra regulada en la Parte General, Libro I, Título III, Capítulo IV, dentro de la sección II, titulada "Reincidencia", que consta de dos artículos. De una parte, el artículo 75 enumera los presupuestos de la reincidencia y de otra parte, el artículo 76, la misma regula los efectos derivados de su apreciación.

En tal sentido, el artículo 75 anteriormente citado señala los siguientes presupuestos:

1.- Será castigado como reincidente el que, por si o bajo cualquier forma de participación, comete un crimen doloso que deba ser castigado con pena de prisión efectiva superior a seis meses, después de haber sido condenado por sentencia judicial a una pena de prisión efectiva superior a seis meses por otro crimen doloso, si, de acuerdo con las circunstancias del caso, pudiera censurarse al autor que la condena o condenas anteriores no le han servido de suficiente advertencia contra el crimen.

2.- El crimen anterior por el que el autor habría sido condenado no será computado a efectos de reincidencia si entre su comisión y la del crimen siguiente hubieran transcurrido más de cinco años; en este plazo no se computara el tiempo durante el cual el autor haya estado cumpliendo medidas procesales, penas o medidas de seguridad privativas de libertad.

3.- Las condenas impuestas por los Tribunales extranjeros serán computadas a efectos de reincidencia en los términos indicados en los dos números anteriores, siempre que el hecho constituya un crimen de acuerdo con la ley portuguesa.

4.- La prescripción de la pena, la amnistía, el perdón genérico o el indulto no obstan a la verificación de la reincidencia.

FRANCIA

El Código Penal francés otorga al Juez un amplio margen de libertad en el momento de la determinación o individualización de la pena, pues si bien contiene en su Parte General un catálogo de causas de exclusión y de atenuación de la responsabilidad conforme a lo establecido en los artículos 1221 al 1228, así como un conjunto de conceptos relativos a ciertas circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, sin embargo estas no vienen acompañadas de un sistema de reglas fijas para la determinación de la responsabilidad penal en función de la concurrencia de circunstancias de uno u otros signo. A diferencia de lo que sucede con las circunstancias atenuantes, cuyos efectos son de libre apreciación, las circunstancias definidas en la Parte General como agravantes tienen previsto su propio efecto en el mismo tipo de la Parte Especial en el que concurren según lo establecido en el artículo 132.71 en relación con el artículo 222.35.

En relación con la Reincidencia es de señalar que la misma se halla regulado en los artículos 132.8 al 132.16.1 del Código Penal francés, fuera del catálogo general de circunstancias agravantes contenido en los artículos 132.71 al 132.75. En tal sentido, los artículos 132.8 al 132.11 regulan la reincidencia de las personas físicas y los artículos 132.12 al 132.15 la reincidencia de las personas morales. De la misma manera, los artículos 132.12 al 132.15 contienen las disposiciones de común aplicación a ambos tipos de reincidentes. En cuanto a las

personas físicas, el artículo 132.8 regula una especie de reincidencia que podemos considerar como general, pues no distingue entre delitos de igual o diferente naturaleza, y perpetua, toda vez que no señala el transcurso de un periodo de tiempo entre la comisión del primer y del segundo delito susceptible de eliminar los efectos de la primera condena. Por tanto, según lo dispuesto en el artículo 132.8, si la primera infracción tiene señalada una sanción penal de diez años de pena privativa de la libertad y la segunda reclusión de veinte a treinta años, el efecto de la reincidencia será la elevación del límite de la reclusión por el segundo delito hasta la perpetuidad, sin embargo, si la segunda infracción sólo tiene señalada como sanción penal de quince años, el efecto de la agravación será la elevación del límite de la reclusión hasta los treinta años.

En ese sentido el artículo 132.8 del Código Penal francés señala lo siguiente:

“Cuando una persona física, anteriormente condenada de forma definitiva por un crimen o por un delito castigado con diez años de prisión por la Ley, cometa un crimen, el máximo de la pena de la reclusión criminal o de la detención criminal será la perpetuidad si el máximo fijado por la Ley para ese crimen es de veinte o treinta años. El máximo de la pena será de treinta años de reclusión criminal o de detención criminal si el crimen está castigado con quince años”

Por su parte. El artículo 132.9 regula una especie de reincidencia que puedo señalar como general, porque no distingue entre delito de igual

o diferente naturaleza, y temporal, porque establece un plazo transcurrido el cual no sutiran efecto las anteriores condenas.

Asi por ejemplo, si el primer delito tiene señalado una sanción penal de diez años y se comete un segundo delito sancionado con la misma pena dentro de un plazo de diez años, el límite máximo de la sanción penal será elevado hasta el doble, por otra parte, si el primer delito tiene asignada una pena de diez años y se comete un segundo delito sancionado con una pena de más de de un año y menos de diez en un plazo de cinco años, el límite máximo de la sanción penal será elevado también hasta el doble. Esta norma señala lo siguiente.

“Cuando una persona física anteriormente condenada de forma definitiva por un crimen o por un delito castigado con diez años de prisión por la ley, comete, en un plazo de diez años a contar desde la expiración o la prescripción de la pendiente pena, un delito castigado con la misma pena, el máximo de las penas de prisión y de multa señaladas será doble.

Cuando una persona física, anteriormente condenada de forma definitiva por un crimen o por un delito castigado con diez años de prisión por la ley, cometa, en un plazo de cinco años a contar desde la expiración o la prescripción de la pendiente pena, un delito castigado con una pena de prisión de una duración superior a un año e inferior a diez años, el máximo de las penas de prisión y de multa señaladas será el doble”.

ARGENTINA

En el caso de la república de Argentina, su Código Penal no contiene en su Parte General un catálogo cerrado de circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad penal. Es en la Parte Especial donde se hace referencia, junto a la descripción de cada tipo penal, las circunstancias agravantes conforme está establecido en el artículo ochenta o de atenuación, según lo establecido en el artículo ochenta uno.

En ese sentido, es de señalar que la normatividad penal argentina señala para cada tipo penal y un marco punitivo entre un máximo y un mínimo, dentro de la cual el magistrado puede determinar la sanción penal según las circunstancias concurrentes. Por ello, el artículo 40 de dicho Código señala lo siguiente:

“ En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijaran la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente”.

Por su parte, el artículo 41 señala lo siguiente:

“ A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta.

1.- La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado;

2.- La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio

necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”

Respecto a la Reincidencia, la normatividad penal argentina señala que el principal efecto de dicha institución es el incremento de la pena a imponer al reo, según lo establece los artículos cuarenta y cuarentaiuno. En ese sentido cabe señalar que conforme al artículo cuarenta se establece que las penas divisibles se fijan de acuerdo con las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes. Por ello, se debe tener en cuenta según lo establece el artículo cuarentaiuno: “ las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales”. Por ello y en relación con la Reincidencia, se debe resaltar que su apreciación exige el previo cumplimiento total o parcial de las penas o penas impuestas con anterioridad. En síntesis, la regulación positiva de la Reincidencia se halla contenido en el Título VIII del libro I, que se resume en las siguientes disposiciones:

“Artículo 50.- Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido total o parcialmente pena privativa de libertad impuesta por un

Tribunal del país cometiera un nuevo delito punible también con esta 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.

Artículo 51.- . Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un habeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido. El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:

- 1.- Después de transcurrido diez años desde la sentencia para las condenas condicionales
- 2.- Después de transcurridos diez años desde su extinción para los demás condenas a penas privativas de la libertad.

3.- Después de transcurrido cinco años desde su extinción para las condenas a penas de multa o inhabilitación

En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediara expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información excepcionalmente por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

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

1.- Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;

2.- Con penas privativas de libertad, de tres años o menores.

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

Artículo 53.- En los casos del artículo anterior, transcurrido cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el Tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosíblemente que no constituirá un

peligro para la sociedad. Transcurrido cinco años de obtenida la libertad condicional, el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al Tribunal que lo condenó, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el periodo de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberá cumplirla en establecimientos federales.

La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13, podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reingreso al régimen carcelario anterior. Después de transcurrido cinco de su reingreso al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1,2,3, y 5 del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional”.

VENEZUELA

El Código penal venezolano delimita por lo general entre un máximo y un mínimo las sanciones penales para cada delito que se halla contenido en la Parte Especial. Asimismo, contiene en su Parte General un extenso y detallado catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad penal que el Juez deberá de tener en cuenta en el momento de la individualización de la pena según las reglas establecidas en el propio Código penal.

En ese sentido, y en cuanto se refiere a las circunstancias atenuantes, el artículo setenta y cuatro contiene un catálogo de circunstancias de general aplicación que no permiten rebajar la pena más allá del límite inferior que señala la ley para el delito cometido. De la misma manera es de señalar, que el último inciso del artículo setenta y cuatro prevé la posibilidad de atenuación analógica. Por tanto dicho artículo establece lo siguiente:

“Artículo 74.- Se considerarán circunstancias atenuantes que, salvo disposiciones especiales de la ley, no dan lugar a rebaja especial de la pena, sino a que se les tome en cuenta para aplicar ésta en menos del término medio, pero sin bajar del límite inferior de la que al respectivo hecho punible asigna la ley, las siguientes:

- 1.- Ser el reo menor de veintinueve años y mayor de dieciocho cuando cometió el delito.
- 2.- No haber tenido el culpable la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.
- 3.- Haber precedido injuria o amenaza de parte del ofendido, cuando no sea de tal gravedad que dé lugar a la aplicación del artículo 67,
- 4.- Cualquier otra circunstancia de igual calidad que, a juicio del Tribunal, aminore la gravedad del hecho”

Respecto de las circunstancias agravantes de general aplicación, el artículo setenta y siete del Código penal venezolano establece un extenso catálogo de hasta veinte circunstancias distintas, cuyos

efectos vienen previstos en el artículo setenta y ocho, conforme se señala a continuación:

“Artículo 78.- Las circunstancias enumeradas en el artículo anterior se tendrán en cuenta para el cálculo de la pena que ordena el artículo 37 en su primera parte, pero pueden dar lugar a la aplicación del máximo y también a un aumento excepcional que exceda al extremo superior de los dos que al delito asigne la ley, cuando ésta misma disponga especialmente que en la concurrencia de alguna o algunas de dichas circunstancias se imponga una pena en su máximo o se le aumente en una cuarta parte”.

Respecto a la institución de la reincidencia, al respecto es de señalar que en la normatividad penal venezolana se produce una agravación de la sanción penal al imponer al reo. Es de indicar, que en ningún caso se exige el previo cumplimiento ya sea total o parcial de la condena anterior para su aplicación.

Es decir entonces, que la reincidencia no viene prevista como una más de las circunstancias agravantes genéricas contenidas en el artículo setenta y siete, sino que dispone de todo un Título especialmente consagrado a la regulación de esta agravante, y comprende un total de tres disposiciones conforme se detalla a continuación:

“Artículo 100.- El que, después de una sentencia condenatoria y antes de los diez años de haberla cumplido o de haberse extinguido la condena, cometiere otro hecho punible, será castigado por éste con

pena comprendida entre el término medio y el máximo de la que le asigne la ley.

Artículo 101.- El que, después de dos o más sentencias condenatorias a pena corporal, incurriere en hecho punible que lo merezca de la misma especie y sea de la misma índole, en el término indicado en el artículo anterior, será castigado con la pena correspondiente al nuevo hecho, aumentada en la mitad.

Artículo 102.- para los efectos de la ley penal, se consideran como delitos de la misma índole no solo las que violan la propia disposición legal, sino también las comprendidas bajo el mismo nombre del mismo Título de este Código y aun aquellos que, comprendidos en Título diferentes tengan afinidad en sus móviles o consecuencias”.

Es decir entonces, es de resaltar que en el Código penal venezolano se distingue entre la reincidencia genérica, que supone la comisión de un delito cualquiera por el precedentemente condenado; y la reincidencia específica, que supone la comisión de un delito de la misma índole que el anteriormente cometido. La consecuencia jurídica de la reincidencia genérica es menos grave que la de la reincidencia específica, toda vez que la primera no permite superar el marco penal asignado por la ley al delito, mientras que la segunda permite superar en una cuarta parte el límite máximo de pena señalado por la ley para el delito.

2.3. LA HABITUALIDAD CRIMINAL EN EL DERECHO COMPARADO

En cuanto se refiere a la habitualidad criminal **Boldova y Rueda** (2005) la definieron como la inclinación del hombre a la reiteración del ejercicio de actos delictivos o violentos.

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.

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 en tanto que especialidad transgresora.

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, 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”.

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.

2.4. LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD CRIMINAL FRENTE AL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM EN EL DERECHO COMPARADO.

De manera general, el principio del Ne bis in ídem, constituye una garantía constitucional el cual está reconocida implícitamente en la Constitución Política y desarrollada en sentencias del Tribunal Constitucional, así como, en normas con rango de ley. No se presenta el Ne bis in ídem cuando existen fundamentos diferentes en los casos de concurrencia de pena y sanción administrativa, siempre en cuando exista una relación de sujeción especial. Es decir, dicho principio literalmente significa “No dos veces por igual causa”. En materia penal significa que no cabe aplicar dos sanciones por una misma infracción, ni acusar segunda vez por igual hecho.

Dentro del Derecho Penal, este principio se encuentra universalmente aceptado por la doctrina. Aunque el hecho de ser un “Principio”

pareciera hacerlo lejano a la realidad y a la praxis penal, ha sido legislado en diversos países dentro de su Texto Constitucional lo que no ya no lo hace solo un “Principio”, sino un “Derecho Fundamental”. Es en la Constitución de 1979 en la cual, el principio de Ne bis in ídem se encontraba taxativamente regulado en su artículo 233º inciso 11. En la actualidad, la Constitución de 1993, no lo regula literalmente, sin embargo, su presencia es obvia dentro de las garantías establecidas en el artículo 139º así como en otros artículos de nuestro actual texto constitucional, en donde encontramos por ejemplo la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional.

Esta garantía comporta la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos veces o más en razón de una misma imputación criminal. En contra del entendimiento que tradicionalmente se ha dado al Ne bis in Ídem, equiparándolo con el principio de la cosa juzgada (Ne bes in Ídem material); el contenido de esta garantía ha demostrado poseer mayor amplitud, pues no sólo comporta la prohibición de una persecución subsiguiente, es decir, cuando la imputación ya ha sido materia de un pronunciamiento final por parte del órgano jurisdiccional correspondiente, sino que también se encuentra referido a la prohibición de una persecución paralela, es decir, que la persona sea perseguida al mismo tiempo en dos procesos diferentes (Ne bes in Idem procesal).

De la misma manera, el hecho de “No ser juzgado dos veces por el mismo delito” guarda estrecha relación con los fines de la pena, tal como el fin protector, fin resocializador y el fin preventivo, así como el principio de cosa juzgada, regulados constitucionalmente. De tal forma que aquello que contravenga a tales principios quebranta lo que un Sistema Jurídico Coherente posee dentro de sus fines y bases, los mismos que deberán ser acordes a los intereses fundamentales del Estado en que se desarrollan.

2.5. LA REINCIDENCIA Y SU DESARROLLO HISTORICO

El término reincidencia se utiliza generalmente para referirse a las repeticiones de la conducta. Etimológicamente, la palabra 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”.

En el ámbito penal, la palabra 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”. También se conocen 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.

Por otra parte, en el antiguo 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. coinciden en la conveniencia de castigar más severamente la recaída en el delito.

En lo que concierne a la divinidad, respecto de la cólera divina, en donde se amenaza con castigos peores las continuas desobediencias a los preceptos divinos. Por su parte, también el Nuevo Testamento nos ofrece algún 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 toda 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 respecto de esta nueva definición 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. Por tanto, 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. Finalmente cabe señalar, que 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.

2.6. LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD CRIMINAL, SU PUNIBILIDAD COMO ANTECEDENTES Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En los momentos actuales, y evidentemente en un Estado Democrático con un Derecho Penal del Acto, las personas que cometen un hecho delictuoso responden por los hechos cometidos y no en función a las características y/o antecedentes de las mismas; en tal sentido es tener en cuenta que los antecedentes políticos y jurídicos de la reincidencia, se remontan a las teorías que tratan de justificar la agravación de la responsabilidad penal a través de su aplicación.

El argumento empleado por la Escuela Clásica, a través de Francesco Carrara pone énfasis en los fines de la pena. Fundamenta la agravante en la insuficiencia de la pena impuesta por el delito anterior, es decir, la sanción inicial no ha sido suficiente para desanimar al sujeto activo para que vuelva nuevamente a delinquir.

Entonces, y esgrimiendo como principio la prevención general en materia punitiva, será entonces necesario, la agravación de la nueva pena, la misma que debe ser suficientemente más severa capaz paraq atemorizar al potencial delincuente de querer cometer un nuevo delito.

Un sector de la doctrina considera, muy minoritario por cierto considera que la justificación de una sanción más grave radica en la peligrosidad del agente y el derecho de la sociedad para defenderse

mediante el aumento de las penas.

Otros tratadistas ponen énfasis en el aumento de la culpabilidad y consideran que tras la condena, el sujeto queda en una posición psicológica, en la cual conoce con mayor precisión las consecuencias de la comisión de un delito, es decir la culpabilidad mayor se sustenta en la mayor experiencia y mayor predisposición para seguir cometiendo más delitos.

Para Jescheck, resulta clara la agravación de la pena cuando la culpabilidad del hecho ha aumentado atendido a que el autor se ha rebelado contra las normas impuestas por la sociedad, siendo que las conoce, pues ya se le impuso una condena anterior, por un delito de la misma especie, manifestando un menosprecio hacia el bien jurídico afectado pues no ha sido impresionado con las penas anteriores.

Por otro lado y respecto a las posiciones doctrinales contrarias a lo señalado utilizan dos argumentos: El principal, es que el mayor daño es eventual o poco probable, ya que en la mayoría de los casos, son solo los jueces y el entorno jurídico quienes saben del carácter y naturaleza de la reincidencia. En segundo lugar, esta idea haría valer una norma inexistente, ya que no hay reglas jurídicas que prohíban ser reincidente, ni peligroso, y aquellas normas que protejan la seguridad del Estado, no dicen relación con la reincidencia como agravantes, sino que resultan ser tipos legalmente establecidos.

2.2. BASES TEÓRICAS – CIENTÍFICAS.

El aumento de la criminalidad y la inseguridad ciudadana se ha convertido en los últimos años en un tema acuciante y de preocupación nacional y ha conllevado hasta la fecha constante debate político y jurídico lo cual ha obligado a que el Estado tenga que asumir en los últimos años distintas respuestas destinadas a combatir dicho flagelo criminal para cuyo caso el Estado como siempre sucede a temido que recurrir al Derecho Penal, en este caso creando instituciones penales como la Reincidencia y la habitualidad, a través de los cuales se ha venido flexibilizando los principios clásicos del Derecho Penal, tales como la responsabilidad por el acto.

Así tenemos que si bien, la Reincidencia y la Habitualidad, se encontraba proscritas en nuestro Código Penal de 1991, sin embargo, desde su incorporación por medio de la Ley Nro. 28726, de fecha 09 de mayo del 2006, estas figuras han ido evolucionado e incluso ampliando su marco de aplicación, así se tratará su evolución legislativa mediante la expedición de las leyes 29047, del 18 de setiembre del 2009, Ley Nro. 29570, del 25 de agosto del 2010, la Ley Nro. 29604, del 22 de octubre del 2010, la Ley Nro. 30068, del 18 de julio del 2013, la Ley Nro. 30076 del 19 de agosto del 2013, y finalmente el Decreto Legislativo Nro. 1181 del 27 de Julio del 2015, así como las razones por las cuales en menos de diez años de vigencia y existencia, dichas instituciones han venido modificándose hasta en siete oportunidades.

Asimismo se analizará si las figuras de la Reincidencia y la Habitualidad constituyen o no una respuesta del Estado en materia de política criminal holística para combatir la delincuencia o si por el contrario no es más que una respuesta que solo busca satisfacer la presión social ante la inseguridad ciudadana, la misma que no contribuye en absoluto a erradicar y/o combatir la delincuencia

Al respecto, conviene tener presente que las instituciones de la Reincidencia y de la Habitualidad fueron proscritas en el Código Penal de 1991; en ese sentido en la exposición de motivos para la proscripción de estas figuras se estableció lo siguiente:

“ (...) 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 ciudadano (derecho penal del autor). La comisión revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes por lo demás debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio non bis in ídem (Nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito)...La experiencia ha demostrado que la drasticidad de la pena impuesta en nombre de la reincidencia y habitualidad no ha servido para atemorizar de conformidad con

critérios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la comisión revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del Derecho de Castigar y que el positivismo progresista auspicio con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social (...).”.

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

“ (...) en la actualidad la delincuencia se ha incrementado y con mucho mas ferocidad, sin embargo la sociedad se encuentra desprotegida por nuestro ordenamiento legal es tan débil frente a los reincidentes y habituales que para estos reincidentes es su modo de vivir (modo de vida) y que justamente saben perfectamente que no se toma en cuenta su reincidencia y habitualidad, que no estamos juzgándolo por el delito cometido anteriormente sino que para poder aplicarle la pena más severa se toma en cuenta su reincidencia y habitualidad ya que con la anterior pena no se ha logrado el objetivo,

considerando que en nuestro Código Penal vigente la pena no es un castigo sino que tiene por finalidad, la función preventiva y resocializadora (...).”

Es decir entonces, de la propia exposición para la incorporación de estas dos instituciones, se tiene que el fundamento principal ha sido el incremento de la delincuencia, y la incapacidad del Estado a fin de hacerle frente a este fenómeno social, y como una solución inmediata, poco debatida y analizada desde un punto de vista de la política criminal; es decir nuevamente se ha optado por recurrir una vez más al Derecho Penal, a fin de satisfacer la demanda de seguridad y protección que exigía la sociedad al Estado, es decir medida simplista y poco debatida como ha debido ser.

Por otro lado es de considerar, que para la incorporación de estas figuras penales, no se evidencia que se haya evaluado los principios clásicos que inspiran el Derecho Penal, sino que por el contrario la admisión e implementación de estas dos figuras dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal constituye una flexibilización de éstos principios, prefiriéndose el Derecho Penal del Autor sobre el Derecho Penal de Acto. De la misma manera con la emisión de las Leyes Nro. leyes 29047, del 18 de setiembre del 2009, Ley Nro. 29570, del 25 de agosto del 2010, la Ley Nro. 29604, del 22 de octubre del 2010, la Ley Nro. 30068, del 18 de julio del 2013, la Ley Nro. 30076 del 19 de agosto del 2013, y finalmente el Decreto Legislativo Nro. 1181 del 27 de Julio del 2015, se ha ido extendiendo la capacidad del incremento

de la pena concreta por tipo de delito, hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para cada tipo de delito, asimismo se ha extendido el plazo del cómputo de cinco años para considerar la reincidencia o la habitualidad, a un plazo ilimitado para algunos delitos y como si con eso no bastara se ha prohibido la aplicación de beneficios penitenciarios para un catálogo amplio de delitos.

2.2. Fundamento de la reincidencia

Incidir sobre la naturaleza de la reincidencia implica entrar en un complejo y variado posiciones doctrinales, en si y mucha veces llena de dificultades.

Independientemente de todos estas posiciones, la reincidencia destaca la condición personal del agente, perfil que la ley debe tomar en cuenta para los fines reeducadores de la pena.

Es indiscutible para los partidarios de la reincidencia, que la pena por el nuevo delito agrava la pena. Francesco Carrara, con suma claridad decía:” al castigar más al reincidente, no se le reprocha de nuevo el delito precedente; no se toma en cuenta la maldad del delincuente, no se le mortifica porque no haya sido correcto. No sucede nada de esto. La imputación queda la misma, pero el hecho ha probado que la pena es insuficiente en relación a la sensibilidad de ese hombre. Por lo tanto, para no realizar un acto insuficiente de defensa, es necesaria aumentarla”.

En ese sentido es de señalar, que el aumento incuestionable de la delincuencia, da motivo para retomar nuevamente la discusión sobre la necesidad o no de la reincidencia. La reincidencia es tomada por la mayoría de los autores como una “ manifestación de la personalidad antisocial del delincuente”.

Desde una concepción más amplia de la predisposición al delito, los afanes se centran en señalar las causas de determinación persistente al delito, y de lógicamente erradicarlas. “ Además anota Novoa Monreal, para desarraigar una predisposición al delito no es bastante un mero aumento de pena en los delitos que se repiten, sino que es menester un conjunto de medidas que sustraigan al individuo del ámbito en que se ha desarrollado su hábito delictivo, que lo reeduquen para adaptarlo a las exigencias de una vida en sociedad y ordenarla y honesta y que le procuren los medios para que pueda vivir y perseverar en un plano ajustado a las exigencias del Derecho”

2.3. El Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal

Peruano

Evidentemente la teoría del Derecho Penal del Enemigo en los momentos actuales se ha constituido en un tema de amplia controversia en la dogmática penal si consideramos que muchas veces el endurecimiento por parte del Estado en cuanto se refiere a su ordenamiento jurídico el mismo puede colisionar con los derechos fundamentales de las personas, lo cual no sería acorde a los postulados de un Estado Democrático. En ese sentido reconozco los

aportes de nuevas doctrinas y nuevas corrientes jurisprudenciales para combatir la delincuencia, sin embargo, mi posición se asienta en que las mismas tienen que realizarse necesariamente en el respeto irrestricto a los derechos humanos de la persona humana.

En los momentos actuales, de prevalencia del Derecho Internacional llegamos a la conclusión de que la persona humana es sujeto del Derecho Internacional Público. Por tanto, si bien reconocemos de que el derecho como ciencia social se transforma permanentemente, los mismos deben encausarse en un orden democrático.

En doctrina se ha denominado derecho penal del enemigo a la manifestación del Derecho que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, un adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características. Al respecto se reconoce al maestro Gunther Jakobs uno de más altos exponentes de esta corriente doctrinaria, que en la actualidad ha conllevado grandes cambios como ha sucedido con las instituciones de la reincidencia y la habitualidad criminal en nuestro país. Sin embargo, es de resaltar, que esta corriente a nuestro criterio no se condice con los fundamentos del Derecho Penal del Acto. Por último cabe señalar, que en un Estado Democrático debe primar un Derecho Penal del Acto, la misma que se caracteriza por la responsabilidad penal en base a los actos realizados por el sujeto activo.

2.4. Definición de términos

- **Reincidencia.** - Institución que está relacionado a la situación cuando el sujeto activo de un delito vuelve a cometer un nuevo delito
- **Habitualidad.** - Institución que está relacionado a la conducta habitual en la comisión de delitos.

- **Ne Bin Is In Idem.** - Institución que implica de que nadie puede ser procesado ni condenado por un mismo delito

- **Derecho Penal del Acto.** - El Derecho Penal del Acto implica de que el agente autor de un delito solo responde por el hecho cometido.

- **Derecho Penal del Autor.** - El Derecho Penal de Autor da relevancia e importancia a la propia personalidad del agente que ha cometido el delito, antes que al hecho mismo que se ha cometido.

- **Política Criminal.** - Política de Estado que está destinado a controlar y combatir el delito a través de distintas políticas sectoriales.

- **Criminalidad.** - proceso de comisión de hechos delictuosos

- **Derecho Penal del Enemigo.**- Teoría que se caracteriza de que frente al avance de la criminalidad, el Estado debe asumir posiciones más duras, ya sea agravando las penas o creando nuevos delitos.

- **Derecho Penal Humanista.**- Teoría que busca humanizar nuestro Derecho Penal acorde a los valores y principios democráticos.

2.5. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN:

2.5.1. Hipótesis general.

El agravamiento de las penas como consecuencia de la Reincidencia previsto en nuestro Código Penal no ha conllevado a la disminución de la habitualidad criminal.

2.5.2. Sistema de Variables:

- **Variable independiente:** El agravamiento de las penas como consecuencia de la Reincidencia en nuestro Código Penal

- **Dimensión:** Régimen penitenciario en Pasco

Indicadores:

- Informes penitenciarios
- Informes de la Defensoría del Pueblo
- Casos Judiciales
- **Variable dependiente:** Disminución de la habitualidad criminal
- **Dimensión:** Régimen Penitenciario en Pasco
- **Indicadores:**
- Informes penitenciarios
- Informes de la Defensoría del Pueblo
- Casos Judiciales

CAPITULO III

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN:

3.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

3.1.1 Tipo de Investigación

Entre los métodos empíricos se utilizaron el método de la observación y el método estadístico; y, entre los métodos teóricos se han empleado el método deductivo e inductivo, el método del análisis y síntesis, así como el método histórico y lógico, etc. Es una investigación cuyo propósito principal es el hallazgo de resultados pragmáticos considerando que es una investigación de carácter empírico social.

3.1.2 Nivel de Investigación

La investigación es de tipo descriptivo-explicativa, en la medida que busca describir y analizar la relación causal

entre las variables independientes con la variable dependiente. Es descriptiva porque permite describir las características de las variables. Es explicativa porque las variables están dirigidas a responder a las causas de eventos físicos o sociales. En el caso de nuestro estudio, se desea establecer si analizando exhaustivamente el proceso de arbitraje es posible plantear las medidas correctivas del caso.

3.2 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Se usó el método analítico crítico que se sustenta en la dogmática jurídica para analizar las características del mecanismo de arbitraje en nuestro medio.

Para el presente trabajo se adoptará, 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 presente investigación es el “no experimental” ya que los datos estadísticos provenientes del régimen penitenciario de Pasco, informes de la Defensoría del Pueblo sobre los hechos materia de investigación y los distintos casos judiciales serán acopiados y compilados de manera correlacional y de acuerdo a las parámetros de una investigación de tipo descriptivo.

3.4 POBLACIÓN, MUESTRA Y MUESTREO

3.4.1 Población:

Población penitenciaria del Centro de reclusión de Santa Lucia de Cerro de Pasco; asimismo encuestas a señores abogados penalista y otros actores relacionados a la justicia penal en nuestra provincia.

3.4.2 Muestra:

100 internos que se ha tomado como muestra y que corresponde al Centro Penitenciario de Santa Lucia y de Cochamarca. de Cerro de Pasco.

Es decir entonces la población de la investigación estará conformado por la propia población del Centro Penitenciario de Santa Lucia y de Cochamarca de nuestra región y por encuestas a los señores abogados penalistas y otros actores relacionados a la justicia penal en nuestra provincia. Se calcula un universo de 150 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):

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

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

Muestra

La muestra estará conformada por 100 internos

El muestreo aplicado fue el muestreo probabilístico con afijación proporcional.

3.5 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE SELECCIÓN DE DATOS:

3.5.1 Técnicas:

Las técnicas utilizadas para la recolección de la información:

- **La encuesta:** Dirigida a 100 internos del Centro Penitenciario de Santa Lucia de Cerro de Pasco; asimismo a señores abogados y otros actores de la justicia penal en nuestra provincia
- **Análisis de documentos:** Casos judiciales..
- **Internet:** Se utiliza esta técnica para complementar la información requerida en la presente investigación.

3.5.2 Instrumentos:

- Fichas
- Cuestionario
- Lista de cotejo

3.6 TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS:

3.6.1 Procesamiento manual: En hojas sueltas

3.6.2 Procesamiento electrónico: Con datos alimentados

3.6.3 Técnicas Estadísticas:

- Descriptiva: EL procesamiento de los datos se realizará a través de un sistema mecanizado apoyados por una computadora utilizando una hoja de cálculo se harán las tabulaciones, cuadros, tablas de frecuencias y gráficos.
- Inferencial: Una vez obtenidos los cuadros y gráficos se procederán a realizar el análisis estadístico inferencial para concluir con la prueba de hipótesis, utilizando la prueba Chi-cuadrado.

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

3.7 VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL INSTRUMENTO.

Se validarán los diversos instrumentos de investigación conforme a las técnicas de procesamiento de datos que se han de utilizar considerando la naturaleza de nuestra investigación, en este caso empírico social, cuyos datos serán compilados de nuestra propia realidad.

3.8 SELECCIÓN Y VALIDACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Se aplicó la validez del Cuestionario. La confiabilidad del cuestionario se establecerá mediante la aplicación de cuadros estadísticos.

3.9 PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Se llevaron a cabo los siguientes procedimientos para la recopilación de los datos:

1. Se coordinó con los responsables de las entidades consideradas en la muestra para el acceso y la aplicación de los instrumentos.
2. Se aplicaron los instrumentos.
3. Se aplicaron los cuestionarios aplicados.
4. Se llevaron a cabo los procedimientos estadísticos del caso y se comprobarán o no la hipótesis planteada.
5. Se efectuaron los análisis de resultados y se plantearán las respectivas conclusiones y se formularán las recomendaciones pertinentes.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 TRATAMIENTO ESTADÍSTICO DE LA INVESTIGACIÓN

Para describir los resultados se ha tomado como referente los objetivos planteados en la presente investigación, tanto el general como los específicos. Determinar la importancia que debe conllevar el respeto a los postulados y fundamentos del Derecho Penal del Acto, así como establecer la importancia que debe conllevar el respeto a los postulados y fundamentos del Derecho Penal del Acto en el marco de la Constitución del Perú de 1993 y describir las consecuencias Jurídicas y políticas que puede conllevar el no cumplimiento de los postulados y fundamentos del Derecho Penal del Acto. En esa medida es necesario establecer en qué condiciones y medidas se conceptúa y fundamenta la reincidencia y habitualidad

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

Respecto de los resultados de la presente investigación, las entrevistas realizadas a los internos y abogados penalistas, cuyo informe forma parte de los anexos del presente trabajo, frente a la pregunta ¿Se debe agravar la pena en casos de reincidencia y de la habitualidad en los procesos penales de Lima?, por una parte los abogados penalistas, señalaron que el agravamiento no se condice con los postulados de un Derecho Penal del Acto. Es decir se señala que en el caso del agravamiento se está vulnerando el principio constitucional del NE BIS IN IDEM .

En cuanto a la pregunta ¿La reincidencia en cuanto a su punibilidad se condice con los postulados y principios del Derecho Penal del Acto? Los abogados penalistas, manifestaron; que no, los magistrados mantienen una postura ambigua, en unos casos lo niegan y en otros recusan a estas teorías. En cambio las personas con antecedentes judiciales dijeron, de una forma indignante, que; los jueces fundamentan y aplican indebidamente la figura de la reincidencia solo cuando no tienes plata para pagar un buen abogado y no poder arreglarlos.

En cuanto a la pregunta ¿Cuál cree que es la importancia dada por los fundamentos y postulados del Derecho Penal del Acto? Los Abogados Penalistas, dijeron que es sumamente importante en razón

de que permite humanizar nuestro Derecho Penal conforme a los principios de un Estado Democrático.

Respecto a la pregunta ¿la reincidencia se justifica en un Estado Democrático que tiene como fin supremo la defensa de la persona humana?- los Abogados Penalistas, dijeron que la incorporación de dichas instituciones como es el caso de la reincidencia y la habitualidad criminal como antecedente para agravar la pena no se condice con los fines de un Estado Democrático.

¿Cuál cree que es la importancia dada por los Fiscales a la agravante de la habitualidad y la reincidencia o no lo toman en cuenta? Los Abogados Penalistas manifestaron que si lo toman en cuenta por estar positivizados en nuestra legislación penal.

En cuanto a la pregunta: ¿Considera el fenómeno de la habitualidad y de la reincidencia como agravante de la responsabilidad penal desde un punto de vista social y político? Los Abogados penalistas dijeron que de por si constituye un antecedente que debe permitir agravar la pena, sin perjuicio de la propia responsabilidad del Estado de limitarse solo a un ámbito penal.

Frente a la pregunta; ¿Considera constitucional la aplicación de la habitualidad y la reincidencia? Los Abogados Penalistas, respondieron que no, considerando que se vulnera el principio del NE BIS IN IDEM, que prohíbe juzgar y sentenciar a una persona más de dos veces por un mismo hecho criminal.

4.2 PRESENTACIÓN DE RESULTADOS, TABLAS, GRÁFICOS Y FIGURAS.

Tabla 1

¿Se debe agravar la pena en casos de eincidencia y de la habitualidad en los procesos penales de Lima?,

ESTAN DE ACUERDO	NO ESTAN DE ACUERDO
70%	30%

Tabla 2

¿La reincidencia en cuanto a su punibilidad se condice con los postulados y principios del Derecho Penal del Acto ?

SI SE CONDICE	NO SE CONDICE
5%	95%

Tabla 3

¿Cuál cree que es la importancia dada por los fundamentos y postulados del Derecho Penal del Acto ?

SI ES IMPORTANTE	NO ES IMPORTANTE
90%	10%

Tabla 4

¿la reincidencia se justifica en un Estado Democrático que tiene como fin supremo la defensa de la persona humana?

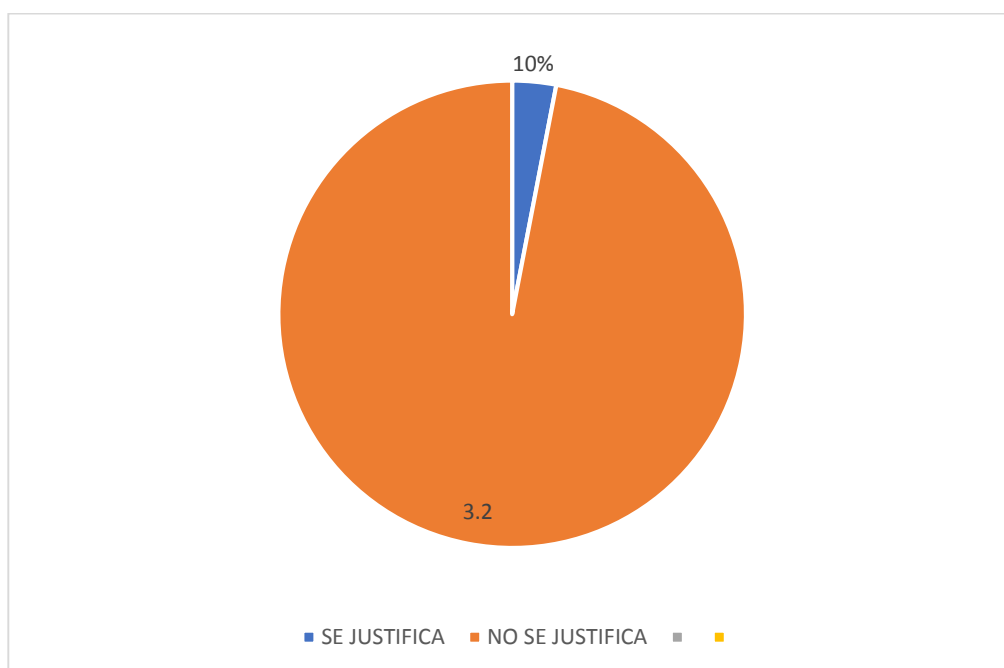


Tabla 5

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

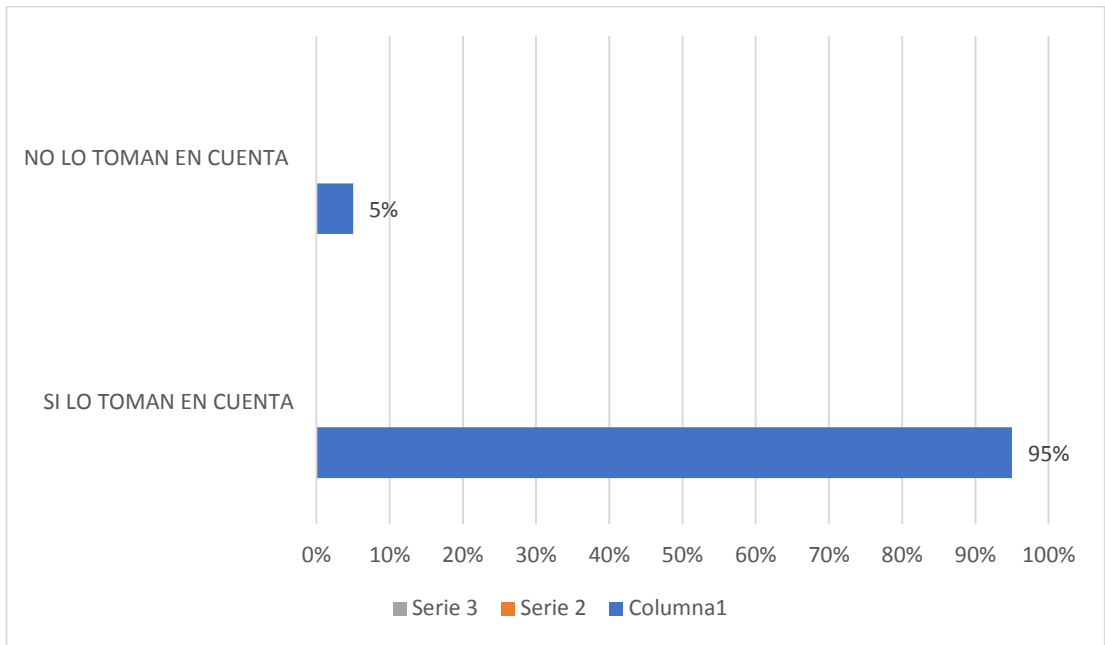


Tabla 6

¿Considera el fenómeno de la habitualidad y de la reincidencia como agravante de la responsabilidad penal desde un punto de vista social y político?

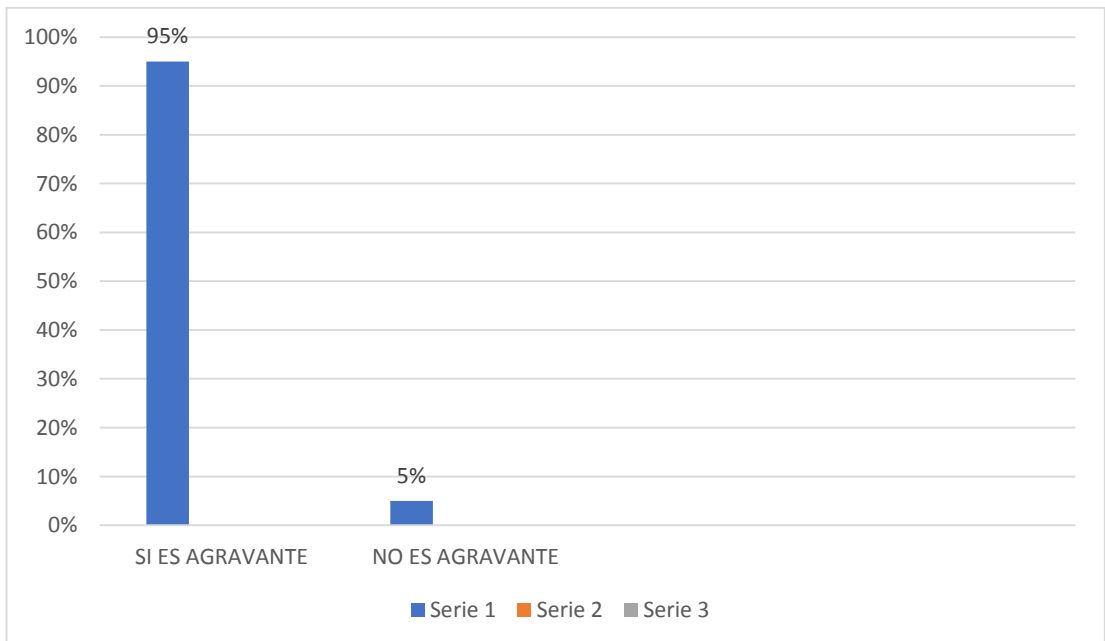


Tabla 7

¿Considera constitucional la aplicación de la habitualidad y la reincidencia ?

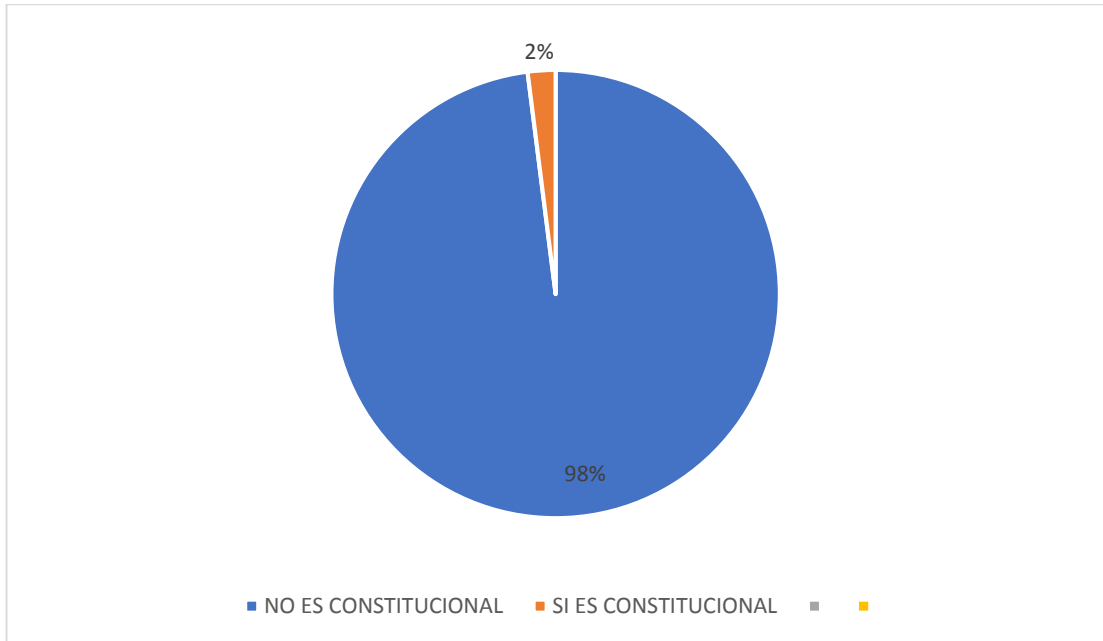
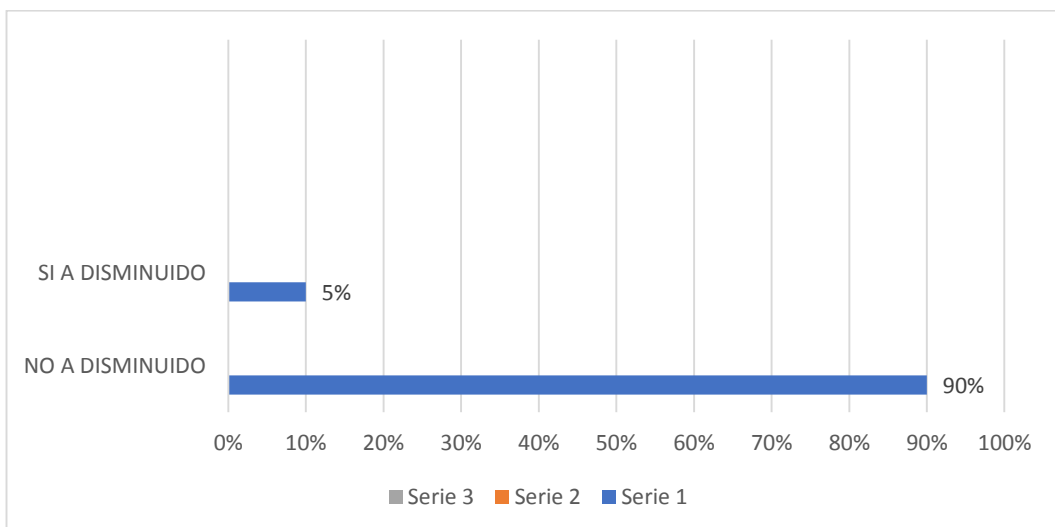


Tabla 8

¿El agravamiento de las penas como consecuencia de la Reincidencia previsto en nuestro Código Penal no ha conllevado a la disminución de la habitualidad criminal?



CUESTIONARIO SOBRE LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD

CRIMINAL

Estimado señor, solicitamos su colaboración contestando el presente cuestionario que es completamente anónimo, sobre el proceso de la reincidencia y la habitualidad criminal. Lea detenidamente cada una de las preguntas, responda o marque con un aspa en cada pregunta. Gracias

1. ¿Cuál es su opinión sobre la reincidencia y la habitualidad criminal en nuestra Región de Pasco?
 - a) Sucede regularmente
 - b) Son actos reprobables

2. ¿Qué factores o causas determinan casos de reincidencia y habitualidad criminal en nuestro país?
 - a) Factores económicos
 - b) Factores sociales
 - c) Se debe a factores hereditarios
 - d) Se desconoce las causales.

3. ¿Por qué en la población penitenciaria del Distrito Judicial de Pasco sucede casos de reincidencia y de habitualidad criminal?

- a) Por existir altos índices de criminalidad.
- b) Por causas de pobreza
- c) Por causas económicas
- d) Desconozco.

4. ¿Qué medidas debe asumir el Estado para prevenir casos de reincidencia y habitualidad criminal??

- a) Se debe cumplir los compromisos del Acuerdo Nacional.
- b) Se debe invertir en políticas sociales.
- c) Se debe optimizar políticas de ayuda social.
- d) Se debe erradicar la pobreza en nuestro país.

5. ¿Qué consecuencias políticas y sociales conlleva la reincidencia y la habitualidad criminal??

- a) Incrementa nuestra población penitenciaria.
- b) Se vulnera derechos humanos
- c) No conlleva ninguna consecuencia.
- d) Deslegitima nuestro sistema judicial.

4.3 PRUEBA DE HIPÓTESIS

Para la validación o no de la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación se ha tenido en cuenta los distintos datos obtenidos a través de las distintas técnicas de recolección de datos.

Hipótesis General

El agravamiento de las penas como consecuencia de la Reincidencia previsto en nuestro Código Penal no ha conllevado a la disminución de la habitualidad criminal.

La Razón Chi Cuadrado encontrada en todas las preguntas indica que las respuestas son altamente mayoritarias y constituyen una opinión significativamente predominante en el grupo. Por consiguiente, se consideró comprobada la Hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación.

4.4 DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Muchas veces el ciudadano común se pregunta ¿por qué se aplica la reincidencia o la habitualidad criminal habitualidad, si ello vulnera nuestra Carta Magna? Esa apreciación tienen la mayoría de las entrevistadas, Pero en realidad la cosa no es tan sencilla como parece, tan es así que el Tribunal Constitucional mediante sentencia en el proceso de inconstitucionalidad 0014-2006 -PI/TC, se pronunció sobre ello y la Corte Suprema de Justicia de la República ha tenido que precisar su aplicación debido a la deficiencia técnica legislativa en la

redacción de los supuestos de reincidencia y habitualidad definidos en los artículos 46 B y 46 C del Código Penal. Para entender el problema, primero definamos qué se entiende por cada una de estas figuras jurídicas.

La 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. Habitualidad en materia penal, significa respecto de un individuo, la comisión reiterada de delitos, generalmente del mismo orden. 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. En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempo diversos e independientes unos de otros (Exp. 00014-2006-PI/TC).

El Código Penal de 1991 no consideraba la reincidencia ni la habitualidad, sin embargo debido al incremento de la criminalidad en el país, y con el fin de frenar los actos delictivos se dispuso medidas más

drásticas, se incorporó en el Código Penal las citadas instituciones jurídicas mediante 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 ante nosotros 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 declaró 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. Califica al reincidente a quien por la repetición de hechos delictivos 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. Por tanto no puede establecerse de oficio, sin el debate procesal respectivo, pues ello implicaría además, un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción. En lo referente a la habitualidad tratándose también de una circunstancia agravante cualificada se deberán aplicar sus efectos punitivos solo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero siempre respetando los límites punitivos fijados por los artículos 50 y 51 del Código Penal. Respecto al plazo y a la naturaleza del delito establece, que la reincidencia opera solo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de la pena privativa de libertad por condena anterior y el nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determino la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente, en la habitualidad se produce en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de cinco años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo y requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Otro punto importante tratado es que en los casos de reincidencia ya no opera la rehabilitación automática por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, contenida en forma general en el artículo 69 del Código Penal, siendo una

excepción la reincidencia, ya que esta deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena.

Como se observa los magistrados para aplicar en un caso concreto la reincidencia o habitualidad tenemos que seguir las reglas señaladas en el Acuerdo Plenario, no es tan fácil como cree el ciudadano común, pero en lo que si todos creemos es que en el país el aumento de la criminalidad es alarmante, si bien se aplican políticas más represivas para frenar la delincuencia, estas tienen que ir acompañadas de manera integral con otras, para así encontrar la paz social que todos anhelan, considerando que en los últimos años vengo advirtiendo que para cualquier problema social se recurre al Derecho Penal. Es decir entonces se tiende a judicializar toda clase problema social, lo cual evidentemente no comparto en razón de que el Derecho Penal es la última ratio de la sociedad y del Estado frente al avance de la criminalidad.

CONCLUSIONES

- 1).- La Comisión Revisora de nuestro Código Penal y hasta antes de la aprobación del Código Penal de 1991 considero que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a la comisión de un nuevo delito bajo la forma de la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes ya cumplidas.
- 2) Nuestro Código Penal de 1991 en su redacción primigenia no contempló las instituciones de la Reincidencia y la Habitualidad.
- 3).- La doctrina nacional y comparada coinciden en señalar que la institución de la Reincidencia corresponde a los fundamentos del Derecho Penal del Acto y no del Autor, lo cual no se condice con los fines de un Estado Democrático.
- 4).- De la misma manera la doctrina nacional y comparada coinciden en señalar que la institución de la Reincidencia vulnera el principio jurídico del NE BIS IN IDEM.
- 5).- La restitución de la instituciones de la Reincidencia y la Habitualidad en nuestro Código Penal de 1991 evidencia que adolecemos de una legislación penal debidamente estructurada y sistematizada con principios y fundamentos únicos.
- 6).- La institución de la Reincidencia y la habitualidad criminal como forma para agravar la sanción penal corresponde a épocas pretéritas que deben ser superadas.

7).- Asimismo se ha establecido por un gran sector de la doctrina que las instituciones de la Reincidencia y la Habitualidad criminal se enmarcan dentro de los postulados del Derecho Penal del Enemigo, la misma que busca agravar las penas o crear nuevos tipos penales frente a los avances de la criminalidad.

RECOMENDACIONES

- 1).- Debe derogarse los artículos 1 y 2 de la ley nro. 28726 mediante la cuales se incorporaron las instituciones de la Reincidencia y la Habitualidad criminal por ser inconstitucionales en razón a los fundamentos señalados supra.
- 2).- Debe darse pleno cumplimiento a las políticas de Estado establecidos en el Acuerdo Nacional suscrito por el Estado peruano, la sociedad civil, partidos políticos y demás organizaciones empresariales a fin de hacer seguimiento al avance de la criminalidad en nuestro país.
- 3).- Asimismo debe enfocarse el estudio de la criminalidad en nuestro país no solo desde la perspectiva de la dogmática penal, sino también desde el aspecto socio económico, cultural y de valores.
- 4) De la misma manera debe reformarse nuestros planes de estudio en todo el nivel de la educación peruana a efecto de dar prevalencia a una educación con valores y principios.
- 5).- Asimismo debe establecerse una capacitación de todos nuestros magistrados a nivel nacional en materia de derechos humanos y en general sobre Derecho Constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- 1).- ANTOLISEI Francesco. Manual de Derecho Penal; Bogotá; Temis; 1988
- 2).- - BACIGALUPO, Enrique, “ Teoría y Practica del Derecho Penal” Editorial Marcial Pons, Madrid 2009.
- 3).- BARATA, Alessandro, “ Criminología y Sistema Penal”. Editorial B. de F. , Buenos Aires, Argentina 2004.
- 4).- BACIGALUPO, Enrique, “ Teoría y Práctica del Derecho Penal”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009-
- 5).- BELESTÁ, S (2001) La reincidencia en la doctrina española actual. Artículos Derecho Penal CARMIGNANI. Obtenido de [http://noticias jurídicas. Com/](http://noticiasjuridicas.com/)
- 6).-BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel, “Manual de Derecho Penal- Parte General”, Editorial y Distribuidora de libros EDDILI S.A., Cuarta Edición, 2008.
- 7).- CABANELLAS, G. Diccionario Jurídico Enciclopédico (27 edición). Editorial Heliasta, Tomo V y VII
- 8).- CODIGO PENAL PERUANO de 1991
- 9).- CONSTITUCION POLITICA DE 1979
- 10).- CONSTITUCION POLITICA DE 1993
- 11).- EZAINE A. (1977) Diccionario de Derecho Penal (sexta edición). Chiclayo, Perú. Ediciones Jurídicas Lambayeque.
- 12).- FERRAJOLI, L. (1989) Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Roma- Bari.

- 13).- GARCIA CAVERO, "Derecho Penal- Parte General", Jurista Editores, Segunda Edición, Lima Marzo del 2012.
- 14).- GARZON, E (1977). Tratado de Derecho. Buenos Aires, Argentina.
- 15).- GIOVANNI, E. (1979). Elementos de Derecho Criminal. Bogotá.
- 16).- JACKOBS, Gunther, CANCIO MELIA, Manuel, "Derecho Penal del Enemigo", Tomson Civitas Editores, Edición española 2003.
- 17).- KAUFMANN, A. (1977). Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna.
- 18).- JULIO FIERRO, Guillermo, "Teoría de la participación Criminal, Editorial, Astrea, Segunda Edición, Buenos Aires 2004.
- 19).- MENDOZA AYMA, Francisco Celis, "Presupuesto Acusatorio- Determinación e Individualización de la Pena- Proceso Penal", Jurista Editores, edición mayo del 2015.
- 20).- PRADO SALDARIAGA, Víctor Roberto, "Determinación Judicial de la Pena", Editorial Institución Pacífico S-A-C, primera edición- Febrero del 2015.
- 21).- ROXIN, Claus, " La Teoría del Delito en la Discusión Actual" , Editorial Grijley, 2006.
- 22).- SILVA SANCHEZ, Jesús María, " La expansión del Derecho Penal: Aspecto de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales", Civitas Ediciones S.L., España 1999.
- 23).- ZAFFARONI, E. (2005). Derecho Penal: parte especial, (séptima edición). Buenos Aires.
- 24).- ZAFFARONI, E (1992). "Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal. Caracas: Monte Ávila Editores.

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD CRIMINALIDAD FRENTE AL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM EN EL DERECHO PENAL PERUANO

1. PROBLEMA	2. OBJETIVOS	3. HIPÓTESIS	4. VARIABLES	5. DIMENSIONES	6. INDICADORES	METODOLOGÍA
1.1. General:	2.1. General:	3.1. General	4.1. Independiente:			Tipo: Descriptivo
¿ Por qué razones la institución de la reincidencia y de la habitualidad no se condice con los postulados y fundamentos del Derecho Penal del Acto?	Determinar la importancia que debe conllevar el respeto a los postulados y fundamentos del Derecho Penal del Acto.	El agravamiento de las penas como consecuencia de la Reincidencia previsto en nuestro Código Penal no ha conllevado a la disminución de la habitualidad criminal.	El agravamiento de las penas como consecuencia de la Reincidencia en nuestro Código Penal	Régimen Penitenciario en Pasco	Informes penitenciarios Informes de la Defensoría del Pueblo Casos Juridiciales	Método: Explorativo y descriptivo. Diseño: No experimental
1.2. Específicos:	2.2. Específicos:		4.2. Dependiente:			Población:
¿ ¿Cuáles son las consecuencias políticas y jurídicas que está originando la figura de la reincidencia? ¿Qué consecuencias políticas y jurídicas que	a) Establecer la importancia que debe conllevar el respeto a los postulados y fundamentos del Derecho Penal del Acto en el marco de la Constitución del Perú de 1993 b) Describir las consecuencias Jurídicas y políticas		Disminución de la habitualidad criminal	Régimen Penitenciario en Pasco	Informes penitenciarios Informes de la Defensoría del Pueblo Casos Judiciales	Internos del centro penitenciario de Santa Lucia de Cerro de Pasco. Muestra: 100 de internos del Centro penitenciario de Santa Lucia de Cerro de Pasco

está originando la figura de la habitualidad?	que puede conllevar el no cumplimiento de los postulados y fundamentos del Derecho Penal del Acto.					
						Técnicas. - Encuestas, Análisis de documentos, internet. Instrumentos - Fichas de observación cuestionario y lista de cotejos.