

LA CONDICIÓN DEL REINCIDENTE EN LA NORMA, LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA

REOFFENDING STATUS WITHIN PERUVIAN CRIMINAL LEGISLATION, DOCTRINE, AND JURISPRUDENCE

Edilberto Molina Escobedo*

Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Perú

Resumen

La presente investigación tiene como finalidad recoger los distintos enfoques existentes en torno a la reincidencia, con el objetivo de definir lineamientos que permitan una aplicación uniforme y coherente de esta institución penal. En esa dirección, se aborda el estudio de la reincidencia desde tres perspectivas: el marco legislativo, la jurisprudencia tanto nacional como internacional y, finalmente, la doctrina, con el propósito de establecer un criterio común que pueda servir de referencia en la utilización de otras figuras jurídicas, tales como los efectos derivados de la comisión de un delito o la concesión de beneficios penitenciarios.

Palabras clave: *Reincidencia, fundamentación adecuada, fijación de la pena, acusación del Ministerio Público y garantía de seguridad jurídica.*

Abstract

This research aims to gather the various approaches regarding recidivism, with the purpose of establishing guidelines that allow for a coherent and standardized application of this penal institution. In this regard, recidivism is examined from three perspec-

* Fiscal Adjunto Superior Penal Cusco. Abogado por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Magister en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Diploma de Estudios Avanzados en Sociedad Democrática, Estado y Derecho por la Universidad del País Vasco. Doctor por la Universidad del País Vasco - España. (Dpto. de Dcho Constitucional, Administrativo y Filosofía del Derecho). Becario por KOIKA, en Crimen Prevention And Forensic Investigation (Corea del Sur). E-mail: edyj_10@hotmail.com

tives: the legislative framework, national and international jurisprudence, and, finally, legal doctrine, with the objective of building a uniform criterion that may serve as a reference for the application of other legal institutions, such as the legal effects derived from the offense or the granting of penitentiary benefits. In this way, the study seeks to strengthen legal certainty in the country through a precise delimitation of the characteristics and scope of recidivism.

Keywords: *Recidivism, proper motivation, penalty determination, prosecution, legal certainty.*

1. Definiciones de reincidencia

La Real Academia Española define al reincidente como la persona que vuelve a cometer un error, una falta o un delito, es decir, aquel que incurre nuevamente en una conducta previamente sancionada o censurada. En este sentido, el verbo “reincidir” se entiende como: “volver a caer o incurrir en un error, falta o delito” (Española, 2017, pág. 01). En relación con esta definición Peña Cabrera indica que: (...) el ámbito jurídico de la reincidencia no guarda correspondencia con su interpretación gramatical. En efecto, cuando varios delitos son evaluados en un mismo proceso, la situación corresponde a la reiteración o al concurso real. En contraste, la reincidencia se configura cuando una persona incurre en un segundo o ulterior ilícito, existiendo previamente una condena firme por los hechos anteriores. Lo esencial en esta figura radica en la presencia de una sentencia condenatoria definitiva previa (Peña Cabrera, 1983, pág. 272). El mismo autor, al citar a Carrara, sostiene que el aumento de la sanción al reincidente no implica un nuevo reproche por el delito anterior, ni se fundamenta en la supuesta maldad del delincuente o en un afán de castigarlo por no haber obrado correctamente; por el contrario, la imputación permanece inalterada (Peña Cabrera, 1983, pág. 279). En consecuencia, al reincidente no se le reprocha por el hecho anteriormente cometido, sino por la sucesión en el tiempo de los delitos.

Asimismo, la reincidencia también se entiende como una circunstancia particular en la que se encuentra un individuo procesado por la realización de un nuevo delito, lo cual permite que se evalúen sus antecedentes penales con la finalidad de establecer la magnitud de la sanción correspondiente. En este sentido, se afirma que la reincidencia aborda los problemas derivados de las normas legales que otorgan al sistema judicial un mayor poder de represión, en la medida en que la persona ya había sido previamente condenada o había cumplido otra pena por un hecho delictivo anterior (Rojas Vargas, 2016, pág. 678). En consecuencia, en los casos de reincidencia, la pena podrá ser aumentada hasta en un cincuenta por ciento sobre el máximo establecido para el nuevo delito cometido. Asimismo, cuando el infractor haya obtenido beneficios como el indulto o la conmutación de la pena, la sanción se incrementará en la misma proporción. Sin embargo, tratándose de delitos graves contemplados en el segundo párrafo del artículo 46-B del Código Penal, la condena deberá elevarse en no menos de dos tercios respecto al máximo legal previsto. En estas circunstancias, no procederá la concesión de beneficios penitenciarios como la semilibertad ni la libertad condicional (Hurtado Pozo, 2011, pág. 338).

El T.C., en la resolución correspondiente al Expediente N.º 014-2006-PI/TC, de fecha 19 de enero de 2007, señaló que la reincidencia debe entenderse como una situación concreta que se presenta cuando un individuo incurre en un nuevo delito tras haber sido sancionado anteriormente por otra infracción penal. Esta figura está sujeta a la política criminal definida por cada Estado, el cual la reconoce en dos escenarios: a) cuando el condenado ha cumplido en su totalidad la pena privativa de libertad impuesta, o b) cuando se ha cumplido un lapso determinado de dicha sanción, fijado expresamente por la normativa vigente (García Cavero, 2012, pág. 678).

2. Historia de la reincidencia en el Perú

Muchos indican que, para cambiar la realidad, muchas veces se debe recurrir a la historia. Por ello, resulta importante analizar la historia de los hechos y de derecho de la reincidencia, para poder determinar su finalidad y aplicación. De esta manera, puede realizarse una visión histórica de la reincidencia de forma general, construida a partir de la exposición de un panorama amplio sobre la evolución de esta agravante a lo largo del tiempo (Ossa Lopez, 2012, pág. 115). Por ello, la reincidencia a nivel de la historia solamente tuvo una connotación de agravación de la pena, sin preocupación por parte del legislador en definir un concepto que permita establecer a quién calificar como "reincidente".

La figura de la reincidencia comenzó a regularse a partir del proyecto legislativo elaborado por Vidaurre, siendo históricamente una definición amplia y heterogénea en nuestro Código desde sus inicios, como a continuación desarrollaremos:

2.1. El proyecto de Vidaurre

El proyecto de Vidaurre se caracteriza por la "*supresión de los delitos de hechicería, magia y apostasía; administración de justicia en público; proscripción del uso de pruebas privilegiadas; respeto por los principios de legalidad y de intrascendencia de la pena; igualdad ante la ley; supresión del derecho de asilo y, sobre todo, fin prioritariamente utilitario del Derecho penal*" (Armaza Galdos, 2001, pág. 78). En el marco de este proyecto se incluyeron disposiciones tanto de carácter sustantivo como procesal, dentro de las cuales se regulaba la figura de la reincidencia. A manera de ejemplo, esta se encontraba prevista en la Ley 3, Título 3, relativa a los delitos cometidos por los subalternos, en los siguientes términos:

Ley 3. El Alguacil o portero que causó algún mal por ignorancia, serán r e - prendidos por el juez. En caso de reincidencia sean separados por un año (...) (De Vidaurre, 1828, pág. 217).

De igual manera, en la Ley 6, Título 3, referida a los delitos de hurto, se hace mención a la reincidencia en los términos siguientes:

Ley 6: Ratero en calles, plazas, o teatros, cincuenta azotes y seis años á aséo de calles; en la reincidencia diez años, y cien azotes (De Vidaurre, 1828, pág. 226).

En consecuencia, puede señalarse que el proyecto de Vidaurre únicamente consideraba un factor de agravación de la pena, sin llegar a formular una definición que precisara los criterios para determinar qué sentenciado debía ser calificado como reincidente.

2.2. El código de Santa Cruz

Este Código tuvo vigencia entre los años 1837 y 1839, y en su articulado incluyó la figura de la reincidencia, entendida bajo el criterio de que: *“se produce cuando el agente comete otro delito de la misma especie por el que fue condenado, si tal acaece dentro de los dos años posteriores a la fecha en que fue notificado con la sentencia ejecutoriada”* (Armaza Galdos, 2001, pág. 61). Nótese, que el Código de Santa Cruz establecía dos supuestos para determinar a una persona como reincidente: 1) Que el autor del delito incurra nuevamente en una infracción de la misma naturaleza, y 2) que dicha conducta se produzca tras la notificación de la sentencia firme.

En consecuencia, puede sostenerse que el Código de Santa Cruz buscó introducir, a través de disposiciones legales específicas, determinados requisitos que permitieran reconocer la condición de reincidente en el sujeto activo del delito.

2.3. El código penal de 1863

Dentro de este código, la reincidencia aparecía regulada de forma expresa, estableciéndose en los siguientes términos:

Art. 10. Son circunstancias agravantes:(...)

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

De igual manera, en la parte especial del Código Penal de 1863, concretamente en la Sección Segunda del Libro II, se establecía la regulación de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, dentro de la cual el artículo 112 señalaba lo siguiente:

“En caso de reincidencia, durante la condena, los reos comprendidos en el artículo 108 serán penados con penitenciaría y los comprendidos en el artículo 110 con cárcel, por igual tiempo al de la primitiva condena” (Iñesta Pastor, 2005, pág. 1093).

Nótese que, en la parte general del Código de 1863, se determina a la reincidente como agravante de la pena, para la persona que haya cometido un delito; es decir, que a diferencia del anterior Código de Santa Cruz, aquí se extiende la reincidencia para cualquier delito. Asimismo, debemos poner de manifiesto que su regulación con relación al tiempo, no se encontraba regulada como en el Código anterior.

Por último, se observa que la sanción se agravaba en los casos de delitos de traición, conforme lo disponía el artículo antes citado. En ese sentido, la reincidencia era concebida como una circunstancia que legitimaba el incremento de la pena, motivo por el cual el Código Penal de 1863 mantenía las consecuencias jurídicas asociadas a la intensificación de la condena para quienes volvían a delinquir.

2.4. El código penal de 1924

En este ordenamiento jurídico, la institución de la reincidencia se encontraba regulada en el artículo 111°, el cual establecía lo siguiente:

(...) se consideraba reincidente a quien, habiendo cumplido total o parcialmente una condena privativa de libertad cometía dentro de los cinco años otro delito sancionado con igual pena.

De esta manera, el Código Penal de 1924 establecía que, cuando un individuo condenado a una pena privativa de libertad cometía dentro de los cinco años siguientes cualquier otro delito sancionado con la misma clase de pena, la sanción debía incrementarse. Esta disposición normativa representaba un avance frente a definiciones generales y poco precisas utilizadas para identificar la condición de reincidente; sin embargo, mostraba limitaciones respecto al tipo de pena considerada. Ello porque la reincidencia siempre fue entendida como la situación en la que una persona, luego de salir de un establecimiento penitenciario, volvía a cometer un delito en un periodo dado. En consecuencia, si la condena había sido suspendida en su ejecución, no resultaba procedente hablar de reincidencia.

2.5. La reincidencia en el código penal de 1991

El Código Penal de 1991 impulsó la superación dogmática del denominado derecho penal de autor, el cual atribuía responsabilidad penal al individuo en función de sus características físicas, biológicas o de personalidad. Bajo esa concepción, una persona era catalogada de antemano como peligrosa para la sociedad, quedando marcada o estigmatizada como delincuente debido a su presunta inclinación reiterada a cometer actos ilícitos.

De esta forma, la mencionada superación estuvo asociada a la supresión de penas consideradas excesivas e incoherentes. A partir de dicha perspectiva, se determinó que el individuo debía responder únicamente por los actos que efectivamente ejecuta y por aquellos que ya habían sido sancionados, lo cual dio origen al denominado derecho penal de acto (Ossa Lopez, 2012, pág. 126).

Por tal motivo, en la exposición de motivos del Código Penal de 1991 se optó por eliminar las figuras jurídicas de la reincidencia y la habitualidad, argumentando que dichas instituciones, al incrementar la severidad de la pena en función del modo de vida de la persona, propio del derecho penal de autor, resultaban carentes de lógica, de humanidad y de fundamento jurídico. En ese sentido, se consideró inadecuado que un nuevo delito generara un aumento sustantivo de la sanción a través de estas modalidades.

No obstante, en contraposición a lo establecido en la exposición de motivos del Código Penal de 1991, el 9 de mayo de 2009, a través de la publicación del artículo 2 de

la Ley 28726, se incorporaron nuevamente al Código Penal las instituciones jurídicas de la reincidencia y la habitualidad. Desde su entrada en vigencia, dichas figuras generaron diversas interpretaciones y aplicaciones frente a casos similares.

3. Sobre las posiciones de la reincidencia

Este cambio marcó una diferencia significativa respecto al Código Penal de 1863, en el cual se estimaba justificado imponer una sanción más severa a quien reincidía, mientras que en 1991 dicha práctica fue considerada excesiva, toda vez que las penas impuestas por los delitos previos ya habían sido cumplidas en su totalidad.

En 2006, la Ley 28726 reincorporó la reincidencia como agravante general en el Código Penal, añadiendo el artículo 46-B.

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal (...).

Debe advertirse que, para que una persona sea considerada reincidente, era necesario cumplir con los siguientes presupuestos: i) haber ejecutado total o parcialmente una pena, ii) que el nuevo ilícito cometido tuviera carácter doloso, y iii) que este se produjera dentro de un plazo de cinco años. Sin embargo, se observa que las deficiencias ya presentes en el Código Penal de 1924 se mantenían en la Ley 28726, razón por la cual esta fue objeto de reiteradas modificaciones, entre las que destacan las siguientes:

- ✓ Ley 28726 (09MAY2006): incorpora en el Código Penal reincidencia y habitualidad jurídicas.
- ✓ Ley 29407 (18SET2009): fija plazo para reincidencia, incorpora faltas e indulto correspondiente.
- ✓ Ley 29507 (25AGO2010): restringe beneficios penitenciarios para delitos graves tipificados en artículos señalados.
- ✓ Ley 29604 (22OCT2010): elimina beneficios para delitos específicos y retira artículos 121 y 129.
- ✓ Ley 30068 (18JUL2013): introduce el artículo 108-A, ampliando regulaciones del Código Penal.
- ✓ Ley 30076 (19AGO2013): modifica redacción, reemplazando "condena privativa de libertad" por simple término "pena".
- ✓ Decreto Legislativo 1181 (11JUL2015): incorpora el delito de sicariato en legislación penal.

Es así que, tras los constantes cambios normativos de la reincidencia, actualmente se cuenta con la siguiente redacción:

“El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años”

Nosotros, creemos que aún persiste la problemática con relación a la reincidencia, puesto que el actual texto establece “el que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena”. Por ello, resulta clara la problemática en determinar ¿a qué clase de pena se refiere? Puesto que, dentro de la normatividad peruana vigente, en su artículo 28 se tienen las clases de pena, las cuales son: Privativa de la libertad, restrictiva de la libertad, limitativas de derecho y multa; siendo muy amplia la nomenclatura jurídica propuesta por el Decreto Legislativo N° 1181.

4. La reincidencia en la doctrina penal peruana

Fidel Rojas Vargas sostiene que la reincidencia surge como un mecanismo destinado a enfrentar los elevados niveles de criminalidad, indicando lo siguiente:

“La reincidencia en el delito constituye, sin duda uno de los fenómenos sociales de mayor interés y actualidad en el discurso académico y la política criminal de los Estados, habiendo adquirido un rol protagónico ante la creciente inseguridad ciudadana que ha colocado en tela de juicio la eficacia de los sistemas tradicionales de prevención general y especial, así como la lucha misma contra el delito” (Rojas Vargas, 2016, pág. 761).

No obstante, el autor expresa su disconformidad al considerar que esta figura resulta desmesuradamente punitiva o excesiva, señalando al respecto lo siguiente:

“La normativa peruana sobre reincidencia se ha tornado excesivamente punitiva y desbordante, pasando de ser una agravante secundaria a convertirse en una circunstancia calificada especial que incrementa significativamente la pena, semejante a la habitualidad” (Rojas Vargas, 2016, pág. 762).

En última instancia, el autor reafirma su postura crítica respecto a la forma en que se aplica la reincidencia, indicando lo siguiente:

“La reincidencia al igual que la habitualidad supone la respuesta extrema y defensiva de la política criminal peruana ante una realidad postdelictiva y delictiva inmanejable bajo estándares tradicionales (prevención, resocialización, sucedáneos penales, etc.). De ser una tímida circunstancia de agravación ingresada el año 2006 al Código Penal, sobre cuya legitimidad constitucional y aplicabilidad práctica se discutió con énfasis en los predios judiciales y académicos, la reinci-

dencia ha pasado a constituirse en la medida político criminal ad hoc más invocada en los centros de producción legislativa y sobre la que más expectativas se tiene -en el marco de una prevención negativa intensificada- en los núcleos de diseño penal a fin de controlar la incesante ola de delincuencia que asola el territorio nacional” (Rojas Vargas, 2016, pág. 762).

A su vez, Raúl Peña Cabrera sostiene que *“la reincidencia destaca la condición personal del agente, perfil que la ley debe tomar en cuenta para los fines reeducadores de la pena”* (Peña Cabrera, 1983, pág. 272). El autor añade que la reincidencia pone énfasis en la inclinación delictiva que presentan los infractores (Peña Cabrera, 1983, pág. 272); por ello, para erradicar la inclinación hacia la conducta delictiva no resulta suficiente incrementar la sanción en los casos de delitos reiterados; se requiere, más bien, un conjunto de medidas que aparten al individuo del entorno donde se ha consolidado su hábito criminal, que lo orienten en un proceso de reeducación para ajustarse a las exigencias de una vida social ordenada y honesta, y que además le brinden los recursos necesarios para mantenerse dentro de un marco acorde con los principios del Derecho (Peña Cabrera, 1983, pág. 273).

En síntesis, puede sostenerse que el autor adopta una postura favorable respecto a la figura de la reincidencia como mecanismo de respuesta ante la comisión de un nuevo delito, siempre que no se aplique de manera exclusiva, sino que se complementen con otras reformas dirigidas a garantizar la reeducación del infractor.

Para José Hurtado Pozo, la reincorporación de la reincidencia en el sistema penal resulta inaceptable, puesto que sostiene que:

“No son pocas las reformas hechas a la legislación penal nacional que aportan más problemas que soluciones. Un ejemplo de esta deficiencia político criminal es la reincorporación de las agravantes de la reincidencia y habitualidad, mediante la ley Nro. 28726, del 09 de mayo del 2006 que introdujo los artículos 46 – B y 46 – C. La imperfección legislativa se manifiesta en las sucesivas modificatorias realizadas a estas disposiciones (Ley Nro. 29407, del 18 de setiembre del 2009; ley Nro. 29570, del 25 de agosto del 2010; y ley Nro. 29604 del 22 de octubre del 2010) (Hurtado Pozo, 2011, pág. 335).

Su objeción se fundamenta en la ambigüedad presente en la redacción de la norma; la cual incluso motivó la emisión de un Acuerdo Plenario con carácter aclaratorio, aspecto que será analizado más adelante.

Eduardo Oré Sosa sostiene que la figura de la reincidencia transgrede los principios de *ne bis in idem*, culpabilidad y proporcionalidad, afirmando al respecto lo siguiente:

“Se advierte que un mismo hecho es utilizado tanto para justificar una primera condena como para sustentar la agravante en un delito posterior, lo cual genera

una doble valoración que vulnera el principio de *ne bis in idem* en su dimensión material. Asimismo, no resulta claro de qué manera un delito anterior podría incrementar el desvalor jurídico de un nuevo ilícito, lo que más bien constituye una petición de principio. Del mismo modo, al atribuirse una supuesta mayor peligrosidad al agente por la pluralidad de infracciones cometidas, tampoco se justifica la necesidad preventiva de imponer una pena agravada que exceda el máximo previsto en abstracto; por el contrario, tal situación parece reflejar problemas de índole social o psicológica, frente a los cuales el simple aumento de la sanción resulta ineficaz” (Ore Sosa, 2014, pág. 18).

Del mismo modo, el autor reafirma su postura al indicar lo siguiente:

“El art. 46-B del CP recoge un supuesto de reincidencia genérica y real. Es genérica, por cuanto el legislador no exige que el segundo delito sea de igual o semejante naturaleza, bastará con que se trate de un delito doloso. Es real, por cuanto se exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta por el primer delito. En este punto, hemos de criticar el hecho de que la Ley 30076 amplíe el ámbito de aplicación de la reincidencia, pues si antes el legislador tomaba como presupuesto el cumplimiento [total o parcial] de una condena a pena privativa de libertad, hoy este se extiende a cualquier tipo de pena. En la misma lógica de aplicar esta agravante cualificada a las faltas, el legislador sigue extendiendo esta figura a delitos de bagatela” (Ore Sosa, 2014, pág. 18).

Se aprecia, por tanto, que su postura parte de la idea de que la normativa vigente considera cualquier tipo de sanción, ampliando la figura incluso a delitos de escasa relevancia, lo cual resultaría innecesario. En conclusión, el autor sostiene que debería adoptarse un criterio más restrictivo.

5. La reincidencia en la jurisprudencia penal peruana

En los apartados anteriores se presentaron múltiples cuestionamientos respecto a la forma en que se regula la reincidencia dentro del sistema penal peruano. No obstante, resulta pertinente resaltar la posición de Hurtado Pozo, quien advierte que la normativa que contempla esta figura se caracteriza por su falta de precisión y claridad, lo que ha dado lugar a interpretaciones contradictorias. Dichas divergencias han sido objeto de estudio tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia, especialmente a través de sus Acuerdos Plenarios.

5.1. Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 0014-2006-PI/TC del 19 de enero de 2007, resolvió la acción de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley 28726, que introdujo reformas en el Código Penal y en el Código Procesal Penal. El examen del caso se concentró principalmente en el artículo 46°, en lo relativo a la reincidencia y la habitualidad, declarando infundado el recurso formulado.

Dentro de los puntos más relevantes de la resolución pueden mencionarse los siguientes:

5.2.1. La reincidencia y el principio *ne bis in ídem*

“23. (...) el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in ídem*. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional ha determinado que la reincidencia no infringe de ninguna manera el principio *ne bis in ídem*, tanto más que la relevancia de la agravante incide en aumentar la pena al delito cometido con posterioridad, mas no en el primer delito que no recibe una nueva pena. En ese sentido, la reincidencia resulta en un mecanismo de respuesta para sancionar la repetición delictiva, ello en concordancia con la política criminal en nuestro país, que se funda en prevenir el delito, por lo que considerar que la misma afectaría la prohibición de que un sujeto sea sancionado dos veces por un mismo hecho resultaría impreciso; por el contrario la reincidencia se funda en la función del Estado constituida en el *ius puniendi* para proteger bienes jurídicos, ello sin vulnerar los derechos fundamentales del autor del delito.

De igual forma, es menester advertir de la sentencia materia de análisis N.º 0014-2006-PI/TC, esta vez en relación con el principio de culpabilidad y su relación con la reincidencia, lo siguiente:

5.2.2. La reincidencia y el principio de culpabilidad

La sentencia 0014-2006-PI/TC establece que: “37. Ha sido señalado que la reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerado de modo aislado. El principio de culpabilidad clásico, previsto para delitos comunes, exige que el grado de reprobación de una persona por un acto ilícito sea configurado desde la valoración de tal acto y no de otro. En virtud de este principio, el límite para saber qué conductas deben evaluarse y cuáles no, lo establece el propio tipo penal que subsuma la conducta. Esto acarrea la proscripción de evaluar circunstancias ajenas a la conducta descrita en el tipo penal, como podrían ser otros delitos anteriormente perpetrados.

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

39. Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2º, inciso 24, literal "f", 37º, 140º y 173º de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N° 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional".

En consecuencia, puede observarse que el Tribunal Constitucional sostiene que la reincidencia no vulnera el principio de culpabilidad, al considerarla una circunstancia que aumenta el nivel de reproche atribuible al condenado en atención a sus antecedentes delictivos. No obstante, corresponde señalar que el pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución peruana no profundiza en la cuestión relativa a los requisitos exigidos para que una persona sea catalogada como reincidente. Su examen se restringe únicamente a determinar la validez constitucional de la norma que reincorpora esta institución en el Código Penal de 1991, a la luz de los principios rectores del Derecho Penal.

Al respecto, resulta adecuado traer a colación lo desarrollado en relación a la aplicación de la reincidencia y el respeto irrestricto al momento de su aplicación a los principios de culpabilidad y proporcionalidad, ello para que la agravante no signifique un automatismo sancionador, sino por el contrario sea una respuesta sustentada frente a la peligrosidad que representa el individuo reincidente, que de no ser sancionado por su actuar repetitivo podría dejar entrever una permisividad hacia el autor del delito. Ahora, si bien el Tribunal Constitucional se ha limitado a verificar y analizar la reincidencia como entidad, sin haber ahondado en sus requisitos, tales como el cómputo del plazo entre el primer hecho y el segundo o que tipo de pena debe ser considerada para su aplicación, los mismos se hallan previsto en pronunciamientos especializados tales como los de la Corte Suprema, develando que el desarrollo de su praxis ha sido delegado a la jurisprudencia sin llegar al nivel constitucional.

Así también, reviste igual relevancia el señalar que en ordenamientos jurídicos comparados la reincidencia desde el ámbito constitucional ha sido objeto de restricciones orientadas a una interpretación netamente garantista, esto para armonizar su aplicación con el principio de culpabilidad, significando que la agravante y su aumento de la pena para el individuo resulte proporcional para el grado de reproche delictivo del mismo, evitando fundarse en otros factores externos, situación que conforme se

ha desarrollado no se ha presentado en nuestro país, donde la ausencia de una pronunciación constitucional ha obligado para el desarrollo de la reincidencia acudir a criterios jurisprudenciales subconstitucionales, por lo que, esta situación pone en escenario la providencia de un desarrollo en el ámbito constitucional, que evite la aplicación de la reincidencia de forma discrecional.

5.2. Los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema de Justicia

No cabe duda de que los Acuerdos Plenarios cumplen la función de unificar los distintos criterios nacionales respecto a una institución jurídica, pues esta labor también se aplicó al caso de la reincidencia a través de uno de dichos acuerdos se precisaron requisitos no contemplados expresamente en la ley.

Cabe señalar que el Acuerdo Plenario N.º1-2008, referido a la reincidencia, la habitualidad y la determinación de la pena, fue emitido a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 0014-2006-PE/TC, de fecha 19 de enero de 2007. En dicho pronunciamento se puso de manifiesto la deficiente técnica legislativa presente en la redacción de los supuestos de reincidencia y habitualidad contemplados en los artículos 46-A y 46-B del Código Penal. Por tal motivo, el Acuerdo recurrió a un criterio interpretativo de la norma penal que considera la finalidad perseguida por el legislador, los antecedentes legislativos nacionales y extranjeros en la materia, así como la función dogmática y político-criminal de las disposiciones analizadas.

De igual forma, el Acuerdo Plenario señala que tanto la reincidencia como la habitualidad, en su condición de agravantes cualificadas, deben aplicarse teniendo en cuenta la finalidad represiva que las diferencia, así como el diseño normativo y la eficacia sancionadora que el legislador ha previsto para cada una. Asimismo, se enfatiza que estas figuras deben interpretarse en concordancia con los principios rectores del Código Penal, la Constitución y los instrumentos internacionales. Se añade, además, que la reincidencia constituye una institución especialmente polémica, cuya incorporación responde al propósito de fortalecer la respuesta penal como medida de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad atribuida al autor.

En ese sentido, el Acuerdo Plenario establece que la reincidencia debe configurarse bajo los siguientes requisitos:

- a) Tanto el delito previo como el posterior deben ser dolosos, quedando descartadas las faltas. El nuevo ilícito debe cometerse después de haberse ejecutado, en todo o en parte, la pena privativa de libertad, lo cual presupone la existencia de resoluciones condenatorias firmes y con inicio efectivo de ejecución.
- b) No resulta necesario que el nuevo delito pertenezca al mismo título del Código Penal ni que sea de la misma naturaleza, es decir, no se exige identidad en el tipo penal ni en el bien jurídico protegido. Por tanto, se configura una forma de reincidencia de carácter genérico.
- c) El período debe contarse a partir del cumplimiento total o parcial de la pena

privativa de libertad. Para la correcta comprensión de este requisito, se aplica la regla prevista en el artículo 46-C del Código Penal, que establece que los hechos punibles deben cometerse dentro de un plazo que no supere los cinco años.

- d) Se trata de una circunstancia de carácter estrictamente personal, que no puede extenderse ni aplicarse a los coautores o partícipes en quienes dicha condición no se verifique.

Sin embargo, es posible identificar dos condiciones adicionales que permiten precisar la configuración de la reincidencia:

- i) En primer lugar, para que el juez pueda atribuir la condición de reincidente a un procesado, es indispensable que cuente con el boletín de condenas y, de ser pertinente, con la hoja carcelaria que consigne la fecha precisa de su excarcelación. Si dichos documentos no estuvieran disponibles, deberá presentarse una copia certificada de la sentencia o, en su defecto, la resolución que disponga la liberación producto de algún beneficio penitenciario.
- ii) En segundo lugar, dado que la reincidencia se configura como una circunstancia agravante cualificada, el principio acusatorio exige que sea planteada de manera expresa por el fiscal en el escrito de acusación. Por tanto, no puede ser declarada de oficio sin el correspondiente debate procesal, pues ello generaría un pronunciamiento sorpresivo contrario al principio de contradicción.

6. A manera de conclusión

Tal como se señaló en apartados previos, se advierte que el legislador ha regulado los requisitos para calificar a una persona como reincidente de forma general y poco precisa, lo que ha dado lugar a múltiples interpretaciones en los casos concretos.

A modo de ejemplo, considérese el caso de una persona condenada a un año de prisión por el delito de conducción en estado de ebriedad (art. 274 del C.P.), cuya pena fue suspendida en su ejecución por el mismo período. Sin embargo, once meses después de la primera sentencia, dicho individuo comete un nuevo ilícito tipificado como daño simple (art. 205 del C.P.), cuya sanción no supera los tres años. En tal escenario, su conducta será calificada como reincidencia conforme a lo dispuesto en el artículo 46-B del Código Penal, generándose las siguientes consecuencias:

1. La imposibilidad de acceder a una pena suspendida en su ejecución, debido a que no se cumpliría con el tercer requisito previsto en el artículo 57 del C.P., por lo que, la sanción correspondiente al delito de daños deberá ejecutarse como pena efectiva privativa de libertad.
2. Conforme a lo señalado en el segundo párrafo del artículo 46-B, la reincidencia constituye una circunstancia agravante cualificada que autoriza al juez a incrementar la sanción hasta en un cincuenta por ciento del máximo previsto para el delito correspondiente. En el ejemplo planteado, esto se traduce en la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad de hasta cuatro años y seis meses.

3. Bajo la vigencia de la Ley 30076, el sentenciado no tenía acceso a beneficios penitenciarios como la redención de la pena por estudio o trabajo, ni a la semilibertad o la libertad condicional. Sin embargo, con la promulgación del Decreto Legislativo 1296 se estableció que la redención por labor y aprendizaje debía ser reconocida (Iñesta Pastor, 2005), aplicándose a razón de un día de pena por cada siete días de trabajo o estudio efectivos. En cuanto a la semilibertad, esta continúa prohibida, mientras que para la libertad condicional se exige que el interno haya cumplido al menos la mitad de la condena antes de poder solicitar el beneficio.

La calificación de una persona como reincidente acarrea consecuencias jurídicas de gran relevancia, tales como la restricción o pérdida de beneficios penitenciarios, el aumento de la sanción impuesta y la exclusión de medidas alternativas a la pena privativa de libertad. En este contexto, el empleo por parte del legislador del término "cualquier pena" para configurar la reincidencia ha generado múltiples problemas de interpretación y aplicación. Por tal razón, se considera necesaria una modificación del texto previsto en el artículo 46-B del Código Penal.

En ese sentido, y a fin de garantizar: i) la naturaleza de la gravedad, ii) la magnitud del hecho cometido, iii) la proporcionalidad, y iv) el principio de subsidiariedad, debe aplicarse el siguiente criterio para determinar la condición de reincidente:

1. En primer lugar, el juez, para calificar a un procesado como reincidente, debe contar con el boletín de condenas y, en su caso, con la hoja carcelaria correspondiente, donde conste que el imputado viene cumpliendo, total o parcialmente, una pena privativa de libertad dentro de un lapso de cinco años.
2. En segundo término, no se considerarán para este efecto los antecedentes penales que hayan sido cancelados, que correspondía cancelar, o los derivados de delitos de menor entidad.
3. Finalmente, las sentencias firmes dictadas por órganos jurisdiccionales de otros Estados generarán igualmente efectos jurídicos para la configuración de la reincidencia.

Referencias

ARMAZA GALDOS, J. (2001). Influencia de los Códigos Penales Españoles en la legislación peruana decimonónica. En N. Adán, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (pág. 1438). Cuenca: Ediciones de la Universidad De Castilla-La Mancha.

DE VIDAURRE, M. L. (1828). *Proyecto de un Código Penal*. Boston: Hiram Tupper.

ESPAÑOLA, D. d. (13 de Agosto de 2017). *Real Academia Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=VmcrvJ1>

GARCIA CAVERO, P. (2012). *Derecho Penal Parte General*. Lima : Jurista Editores.

HURTADO POZO, J. (2011). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima: Idemsa Editores.

IÑESTA PASTOR, E. (2005). La reforma penal del Perú independiente: El Código de 1863. En M. TORRES, *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Vol. 2, pág. 1705). Córdoba: Córdoba.

ORE SOSA, E. (2014). *Determinación Judicial de la Pena. "Reincidencia y habitualidad"*. Lima : Instituto de Ciencia Penal y Procesal Penal.

OSSA LOPEZ, M. F. (2012). Aproximaciones Conceptuales A La Reincidencia Penitenciaria. *Ratio Juris*, 113-140.

PEÑA CABRERA, R. (1983). *Tratado de Derecho Penal*. Lima: S/E.

ROJAS VARGAS, F. (2016). *Código Penal Parte General- Comentarios y Jurisprudencia*. Lima : 678.