



ESCUELA DE POSGRADO
UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

Reincidencia y Habitualidad en Procesos Penales a
Consecuencia de la Ley 30076

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
MAGÍSTER EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL**

AUTOR:

Bach. Jorge Luis Garro Aburto

ASESOR:

Mg. Marco Antonio Carrasco Campos

SECCIÓN

Humanidades y Derecho

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho

PERÚ - 2017

Página del jurado

Mgtr. Samuel Rivera Castilla

Presidente

Mgtr. Yolanda Naribel Chipana Fernandez

Secretario

Mgtr. Jesús Nuñez Untiveros

Vocal

Dedicatoria

La presente tesis se la dedico a Dios, quien ha sido mi impulso constante para seguir adelante.

Asimismo, se la dedico a mi familia y seres queridos.

Agradecimiento

Mis agradecimientos a cada uno de mis familiares, amigos, y colegas que estuvieron conmigo durante la elaboración de la presente tesis.

Declaración jurada

Yo, Jorge Luis Garro Aburto estudiante del Programa de Derecho de la Escuela de Posgrado de la Universidad Cesar Vallejo, identificado con DNI N° 09029795 con la tesis titulada “Reincidencia y Habitualidad en Procesos Penales a Consecuencia de la ley 30076”

Declaro bajo juramento que:

- 1) La tesis es de mi autoría
- 2) He respetado las normas internacionales de citas y referencias para las fuentes consultadas. Por tanto, la tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente.
- 3) La tesis no ha sido autoplagiada; es decir no ha sido publicada ni presentada anteriormente para obtener algún grado académico previo o título profesional.
- 4) Los datos presentados en los resultados son reales, no han sido falseados, ni duplicados, ni copiados y por tanto los resultados que se presentan en la tesis se constituirán en aportes a la realidad investigada.

De identificarse la falta de fraude (datos falsos), plagio (información sin citar a autores), autoplagio (presentar como nuevo algún trabajo de investigación propio que ya ha sido publicado), piratería (uso ilegal de información ajena) o falsificación (presentar falsamente las ideas de otros), asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad César Vallejo.

Lima, Setiembre del 2015

.....
Jorge Luis Garro Aburto
DNI.09029795

Presentación

Señores miembros del Jurado:

Dando cumplimiento a las normas establecidas en el Reglamento de Grados y Títulos sección de Postgrado de la Universidad César Vallejo para optar el grado de Magíster en Derecho, presento el trabajo de investigación denominado: Reincidencia y Habitualidad en Procesos Penales a Consecuencia de la ley 30076.

Se encuentra desarrollada en cuatro capítulos que contienen lo siguiente:

El primer capítulo describe el problema de investigación, en el que se plantea la realidad problemática que incentiva el presente estudio; seguidamente se formula el problema, la justificación, y los objetivos.

En el Capítulo II se describe el marco referencial, el cual describe: los antecedentes, el marco teórico sobre el tema a investigar: habitualidad y reincidencia. En el Capítulo III: se desarrolla el marco metodológico compuesto por cuatro unidades temáticas que nos permiten visualizar de manera ordenada el panorama de la investigación. Se describe la metodología de estudio, el tipo, diseño y escenario de estudio; los procedimientos, técnicas e instrumento de recolección de datos y tratamiento de la información.

En el Capítulo IV: El capítulo cuarto, detalla los resultados obtenidos en la investigación, además de la teorización de las unidades temáticas y finalmente, se plantea la discusión, conclusiones y recomendaciones. Se citan las referencias utilizadas para la investigación y se adjuntan los anexos relevantes.

Señores miembros del jurado espero que esta investigación sea evaluada y merezca su aprobación.

Índice

	Pág.
Página del jurado	ii
Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
Declaración jurada	v
Presentación	vi
Índice	vii
Resumen	ix
Abstract	x
Introducción	xi
I. Planteamiento del problema	
1.1 Realidad problemática	16
1.2 Justificación, relevancia y contribución	21
1.3 Objetivos	23
II. Marco referencial	
2.1 Antecedentes	26
2.2 Marco teórico	39
2.3. Marco Espacial	49
2.4. Marco Temporal	50
2.5. Marco Legal	52
III. Marco metodológico	
3.1 Metodología	66
3.2 Diseño	66
3.3 Caracterización de Sujetos	67
3.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos	68
3.5 Mapeamiento	69
IV. Resultados	
4.1 Resultados descriptivos	71
4.2. Descripción de Resultados	73
V. Conclusiones	77
VI. Recomendaciones	81

VII. Referencias bibliográficas	83
Anexos	
Anexo A. Matriz de consistencia	87
Anexo B. Formato de entrevista	89
Anexo C. Sentencia del pleno	91

Resumen

El objetivo de la presente investigación fue: Determinar las condiciones que harían conveniente la incorporación de las figuras jurídica de reincidencia y habitualidad delictiva, como presupuesto material, como causas que eximan o atenúan responsabilidad Penal a consecuencia de la ley 30076, para que el juez pueda dictar el mandato de pena privativa de la libertad.

En cuanto a la metodología el estudio fue de enfoque cualitativo, donde se analizó el fenómeno a investigar sin alterar su medio donde se desarrolla, y de diseño fenómeno lógico, pues según Salgado (2007), estos diseños se enfocan en las experiencias individuales subjetivas de los participantes ya que, las percepciones de los sujetos evidencian para él la existencia del mundo, no como lo piensa, sino como lo vive.

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

Palabras clave: Reincidencia, habitualidad, Prisión Preventiva, ne bis in idem, Procesos Penales.

Abstract

The objective of this research was to: Determine the conditions that would appropriate the incorporation of legal figures of recidivism and criminal habitualidad as a material budget, as causes to exempt or mitigate criminal liability as a result of the law 30076, so that the judge can dictate the mandate of deprivation of liberty.

In terms of methodology the study was qualitative approach, where the phenomenon was analyzed to investigate without altering the environment in which it develops, and phenomenological design, because according Salgado (2007), these designs are focused on subjective individual experiences participants since, the perceptions of the subjects show for him the existence of the world, not as we think, but as he lives.

The results determine that the changes made under the Act and the amendments made under Law 30076, Articles 46°B and 46 ° C of the Penal Code referred recidivism and habitual, respectively, evident in the treatment of faults, a limitation access to prisons or other benefits, are part of a process of tightening the penal system, the same as part of a highly punitive law.

Keywords: Recidivism, habitualidad, Pretrial Detention, ne bis in idem, Criminal Proceedings.

Introducción

Muchas veces el ciudadano común se pregunta ¿por qué el Juez no aplica la reincidencia o habitualidad, si ese sujeto ha delinquido más de dos veces? Esa es la apreciación que tienen la mayoría de los ciudadanos, confundiendo ambos términos. Pero en realidad no es tan sencilla como parece, tal 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 se define qué se entiende por cada una de estas figuras jurídicas.

En los libros de derecho, 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, con el fin de frenar los actos delictivos se dispuso medidas más drásticas, se incorporó en el Código Penal las citadas instituciones jurídicas por Ley N° 28726, publicada el 09

mayo 2006, constituyendo circunstancias agravantes. El artículo 46-B define la Reincidencia como él que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Entonces la reincidencia constituye circunstancia agravante para la determinación de la pena, y el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados. Y el artículo 46-C define la Habitualidad cuando el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Considerándolos circunstancias cualificadas de agravación para la determinación de la pena concreta. La citada Ley también modificó el artículo 46 del Código Penal incluyendo los incisos 12) habitualidad y 13) reincidencia, para considerarlos como circunstancias genéricas y comunes en la individualización de la pena.

Con ello se creó un problema, como bien lo señaló la Corte Suprema de Justicia, teniendo dos disposiciones funcionales diferentes, considerarlos como circunstancias genéricas y comunes [art.46 C.P.], y también como circunstancias cualificadas de agravación [art. 46 B C.P.] Lo que dio motivo que el tema se tratara en el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial, Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, llevado en la ciudad de Lima el dieciocho de julio del dos mil ocho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el tres de noviembre de dos mil ocho, definiendo las reglas más idóneas para su adecuada aplicación, basándose en que el Tribunal Constitucional 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 sobre la reincidencia o habitualidad tienen 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 anhelamos.

I. Planteamiento del problema

1.1 Realidad problemática

En nuestro territorio peruano el sistema inquisitivo ya forma parte de nuestra historia, ya que, en la actualidad con el nuevo modelo procesal penal Acusatorio que progresivamente se viene aplicando va dejando de lado situaciones donde el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, logrando un cambio no solamente de denominación sino de implementación de un nuevo rasgo cultural, para establecerse en un sistema de audiencias regidas por los principios de intermediación, oralidad, entre otros, debiendo el Fiscal conducir la Investigación Preliminar y Preparatoria desde la noticia criminal o llamada "*Notitia Criminis*", y es el Juzgador quien tomara una decisión imparcial en base a lo expuesto en la audiencia, con total transparencia y en presencia de público, hechos que son registradas a través de un sistema de audio y/o video.

A la fecha del 01 de abril de 2006 entro en vigencia en más de 20 Distritos Judiciales el Decreto Legislativo N° 957 "Nuevo Código Procesal Penal del año 2004", de tal modo que marca un nuevo inicio con un rol trascendental en la sociedad toda vez que se da inicio a una faceta de revertir la delincuencia organizada y así mismo, reducir la sobrepoblación carcelaria; en virtud de lo cual se dictan medidas coercitivas personales y reales, siendo una de ellas, la de prisión preventiva.

De igual manera, frente a la inseguridad ciudadana y con la finalidad de combatirla, el 19 de agosto de 2013 se publicó la Ley N° 30076, Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de responder a esta problemática; Asimismo, se modifican entre otros, ciertos artículos del Código Procesal Penal de 2004, los cuales son; Artículo 268° y Artículo 269° referentes a la prisión preventiva y el peligro de fuga, respectivamente, eliminando el segundo párrafo del artículo 268°, referente a la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas, dejando de ser considerado como un presupuesto material para dictar un mandato de prisión preventiva, y se incorpora como un supuesto que el juez tendrá en cuenta para evaluar el peligro de fuga. No obstante, con la vigencia de

la citada Ley, ya no se exige que la mencionada pertenencia permita advertir que el sujeto utilizará los medios que la organización criminal le brinda para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

Conforme con lo establecido en la primera disposición complementaria final de la citada Ley, se adelanta la vigencia de los artículos 268°, 269°, 270° y 271°, entre otros, del Código Procesal Penal, ello con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana que predomina en una sociedad como la nuestra.

En este contexto, se tiene en cuenta que ni el dispositivo legal señalado, ni la mencionada modificatoria, definen a la prisión preventiva, determinando sólo los presupuestos materiales que deben convergir, para limitar un derecho fundamental como es la libertad, por lo cual resulta necesario señalar que: *“La prisión preventiva o también llamada prisión provisional, es una medida cautelar que prevé nuestro sistema jurídico procesal dada por una disposición judicial que consiste en la encarcelación de una persona que se encuentra sometida a una investigación, privándola de su libertad personal por un tiempo determinado hasta que llegue el momento de su juicio. La finalidad de la prisión preventiva es asegurar su presencia en el proceso y garantizar que el acusado no altere el normal desarrollo del procedimiento penal y evitar que obstaculice o perturbe la actividad probatoria (Peligro Procesal)”*.

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

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

Por más que en el artículo 253° inciso 3 del NCPP se establece que la restricción de un derecho fundamental y que solamente tendrá lugar siempre que fuere indispensable, en la forma y por el tiempo justamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, su presencia en el proceso,

ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como que no altere el normal desarrollo del procedimiento penal y evitar que obstaculice o perturbe la actividad probatoria y **evitar el peligro de reiteración delictiva**. Ésta figura jurídica no se encuentra regulada dentro de los presupuestos materiales del artículo 268° del NCPP sobre prisión preventiva; A pesar de que, en la actualidad se tiene en cuenta para dictar esta medida de coerción procesal, toda vez que los jueces están razonando que la misma persigue una función de aseguramiento procesal, ya que la comisión de nuevos delitos por el imputado implicaría un retraso del proceso, puesto que la investigación debería abarcar también los nuevos delitos. Teniendo como finalidad garantizar la efectividad de la actividad jurisdiccional sin vulnerar el principio de presunción de inocencia del imputado.

Asimismo, la CIDH en el informe 2/97, analiza las razones que deben justificar la prisión preventiva y en el acápite “III” párrafo 32° establece los criterios que se deben tener en cuenta *“Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de **reincidencia** o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad”*. Es decir, la misma CIDH reconoce que se puede utilizar como fundamento de la prisión preventiva *el peligro de reiteración delictiva*.

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

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

Con las modificaciones realizadas en virtud de la Ley 30076, los artículos 46° B y 46°C del Código Penal referidos a la **reincidencia y habitualidad**, respectivamente, evidencian en el tratamiento de las faltas, una limitación del acceso a beneficios penitenciarios u otras, se enmarcan en un proceso de endurecimiento del sistema penal, el mismo que parte de un Derecho altamente punitivo, teniendo en cuenta que: (i) **La Reincidencia**, en el primer párrafo del artículo 46° B ha modificado el plazo para la falta dolosa, toda vez que en el texto anterior era de cinco años y ahora es de tres, manteniéndose los cinco años para delitos dolosos. Además quien ha sido condenado por faltas y luego comete falta o delito doloso se le considera como reincidente; en el segundo párrafo el carácter de la reincidencia es de circunstancia agravante cualificada y no una de agravante más que se encuentra en algunos tipos penales; en el tercer párrafo el plazo de cómputo de la reincidencia ha sido ampliado, incorporando otros delitos tales como el artículo 108-A (Homicidio calificado por la condición oficial del agente), artículo 195, (Receptación agravada), y el artículo 317-A (Marcaje o Reglaje); en el cuarto y quinto párrafo mantienen la estructura del artículo 46 B anterior estableciendo el aumento de pena hasta una mitad del máximo legal para los beneficiados por indulto o conmutación, y el hecho de computarse los antecedentes cancelados o rehabilitados para los delitos descritos en el tercer párrafo; (ii) **La Habitualidad**, Se ha ampliado, toda vez que se computa sin límite de tiempo para otros delitos descritos en el artículo 108-A (Homicidio calificado por la condición oficial del agente), artículo 195 (Receptación agravada), artículo 317-A (Marcaje o Reglaje) y el artículo 322, (Cooperación de profesional sanitario en el delito de tortura); el aumento para todos los delitos, es un tercio sobre la pena máxima, y para los delitos agravados (107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-

B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal) es hasta una mitad; por lo que los habituales no tienen derecho a gozar de beneficios de semilibertad ni de liberación condicional, además del hecho de computarse los antecedentes cancelados o rehabilitados para los delitos descritos anteriormente.

El ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad, la limitación del Derecho a la Libertad, se vincula ciertamente al Derecho de la Sociedad de ejercer su defensa en las circunstancias en que se vulneran, por medio de algún delito, valores esenciales de la organización social; por lo que, se deducen dos derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución Política del Perú. Ello no se contrapone a la convicción de entender que el Ser Humano es el centro de toda comunidad debidamente organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y por la dignidad humana.

En tal sentido, Por un lado, el principio de inocencia que sólo podrá ser alterado, después de haberse llevado a cabo un proceso, con una sentencia firme condenatoria; y por el otro, el derecho de los ciudadanos de ser protegidos en sus derechos elementales para vivir en sociedad.

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

En tal sentido, en la actualidad debe considerarse si se cumple el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, y respecto a la medida de coerción penal de Prisión Preventiva, si “el peligro de reiteración delictiva”, solo puede ser tomado en cuenta para graduar la pena final, si podrá constituir

presupuesto para dictarla o mantenerla, y si la peligrosidad del imputado es indiferente para el derecho procesal penal.

Formulación del problema

Problema general

¿En qué condiciones sera conveniente incorporar las figuras jurídicas de la reincidencia y habitualidad como presupuesto material de la pena privativa de la libertad a consecuencia de la ley 30076?

Problemas específicos

Problema específico 1

¿En qué medida los jueces tendrán en cuenta la Reincidencia, y la Habitualidad como agravantes, para el mandato de prisión preventiva a consecuencia de la Ley N° 30076?

Problema específico 2

¿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?

1.2 Justificación, relevancia y contribución

Justificación práctica

La habitualidad y la reincidencia delictiva constituye una problemática que ha sido, y es en la actualidad, objeto de discusión en el ámbito político, social, y jurídico-penal. La agravación de la pena basada en la existencia de condenas anteriores ha estado presente a lo largo de la historia penal. Sin embargo resulta más que cuestionable que una política criminal caracterizada por el endurecimiento de las penas sea eficaz en supuestos de recaída en los comportamientos prohibidos por el derecho penal.

Justificación teórica

Hassemer señaló "...con el instrumento de la prisión preventiva se debe intervenir lo más rápido y decididamente que sea posible en crisis que no tienen que ver con el proceso penal mismo, sino con la criminalidad y con la reacción de la población frente a la criminalidad..."

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

Carrara está de acuerdo que la prisión preventiva se utilice entre otros fines, para "...la defensa pública, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno. Estos mismos motivos demuestran que la custodia preventiva no es tolerable sino en graves delitos o en aquellos que, aunque sean menos graves, dan causa a sospechar posibles reincidencias y pueden llamarse delitos habituales..."

Justificación legal

Permite comprender en qué condiciones se tiene en cuenta el peligro de reiteración delictiva establecido en el artículo 253º inciso 3 del NCPP, el cual prescribe: "La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva".

Ello se debe a que se pretende establecer en qué condiciones sería conveniente incorporar la figura jurídica del peligro de reiteración delictiva, como presupuesto material del artículo 268 del NCPP, para que el juez pueda dictar el mandato de prisión preventiva.

Asimismo, permite comprender el derecho constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales, consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Relevancia

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

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

1.3 Objetivos

Objetivos general

Determinar las condiciones que harían conveniente la incorporación de las figuras jurídica de reincidencia y habitualidad delictiva, como presupuesto material como causas que eximan o atenúan responsabilidad Penal a consecuencia de la ley 30076, para que el juez pueda dictar el mandato de pena privativa de la libertad.

Objetivos específicos**Objetivo específico 1**

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

Objetivo específico 2

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.

II. Marco referencial

2.1 Antecedentes

2.1.1 Investigaciones nacionales

Atto, (2010) en su trabajo: “La reincidencia y habitualidad desde un análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional”;

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 al principio de Ne bis ídem y por tanto de naturaleza Inconstitucional.

Si bien, el principio Ne bis in Ídem ya no está taxativamente señalado en nuestra constitución vigente, existen ciertas garantías constitucionales en las cuales dicho principio aún se halla inmerso y dicho contenido sigue siendo de naturaleza constitucional. Por lo que se desarrollara cada una de estas instituciones (Reincidencia y Ne bis in ídem) a fin de poder llegar a una solución lógica y coherente, de una manera óptima. Además se incide en que el problema está circunscrito en la determinación de la Inconstitucionalidad o No de los artículos 1º y 2º de la Ley en comentario, 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 analizaremos en el presente trabajo.

Tantaleán, (2008) en su trabajo: “Reincidencia y Ne bis in Ídem (La inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la ley nº 28726).”

Siendo que la Ley N° 28726 añade a nuestra legislación penal las figuras de la “Reincidencia y Habitualidad” como criterios para que se pueda llevar a cabo la determinación, así como la individualización de la pena. Este hecho resulta siendo

un cambio radical de criterio en razón al lineamiento seguido por el legislador al dictar la norma penal original. Siendo así, que, en su Exposición de Motivos de dicha norma, señalaba que: “Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto de Código Penal, los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad.

Para dicho autor, no es dable conservar en nuestro ordenamiento jurídico penal estas formas aberrantes de castigar, resultando 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, ya que estos sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor).

El incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o la habitualidad carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, pues su fundamento no es otro que la existencia de una o varias condenas previas, las cuales ya han sido debidamente ejecutadas. Y dado que nuestro sistema punitivo se desarrolla dentro de una lógica garantista y un Estado de Derecho debe preferirse la responsabilidad penal por el hecho antes de una responsabilidad penal del autor.

Es por ello, que, en la actualidad el gran aumento de incidencias delictivas y las denuncias de la sociedad dirigidas al Estado exigiendo respuestas más efectivas que obligan al legislador a adoptar medidas enérgicas como las previstas en estos artículos de la nueva Ley N° 28726. 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.

Para Leiva, (2012) es evidente que ningún sistema de control social es perfecto. Cada Sistema tiene buscar adaptarse a su propia realidad; experiencias que de pronto, pueden ser exitosas en algún lugar del mundo, no lo son para nosotros y viceversa. Por esta razón, toda decisión políticolegislativa que establezca un determinado régimen, debe ser en principio, perfectible, buscando siempre la renovación y la optimización de acuerdo a la realidad inmediata y a los

fines que la propia política criminal determinen. Ello sólo se consigue con criterios de racionalidad, precisa intelección y correcta administración de las Leyes y de su aplicación.

La Reincidencia de acuerdo a este criterio, no resultaba válido, en verdad, preservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas drásticas de castigar que se sustentan en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). 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 del Proyecto de Código Penal de 1991, los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. 11 de la Constitución de 1979 y el Art. 139, inc. 13 de la 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.

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 ídem, 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 ídem, 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”. 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, como señala Ruiz Robledo, no es que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino solo que son considerados por el legislador penal para posteriores delitos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido del injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. 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 a una institución sin libertad, cori el fin de hacerle apto para la vida libre. 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.

En tal sentido, afirma que “los artículos modificados cumplen con el subprincipio de idoneidad (en la medida que) el legislador ha previsto, a través de tal disposición, un objetivo constitucionalmente legítimo si se considera que son deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas, proteger a la población de las amenazas contra

su seguridad y promover el bienestar general, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución.

Asimismo, es claro que existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido”. Seguidamente, sobre el subprincipio de necesidad señala que “(...) estima la inexistencia de otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura penal de la reincidencia en el delito, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas – reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad– como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger”.

En la habitualidad existen dos clases de delito habitual: aquél en que la conducta típica está constituida por la realización de diversos actos homogéneos, que aisladamente considerados serían impunes (o constituirían falta) y cuya repetición les convierte en típicos (o en constitutivos de delito cuando sin la repetición sólo eran falta); y aquél en que dicha repetición sirve para agravar la figura básica. A la primera modalidad se le denomina habitualidad propia. A la segunda modalidad se la denomina habitualidad impropia. En ambos casos (habitualidad como fundamentadora del injusto y habitualidad como fundamentadora de la agravación) las diversas acciones quedan excluidas de las normas generales del concurso de delitos.

El delito habitual (propio e impropio) tiene su origen en la criminología. Específicamente, el fenómeno del delincuente habitual fue clasificado por FERRI (junto a los criminales natos, los locos y los ocasionales o pasionales). Se constata en el delincuente habitual por un lado la mayor peligrosidad, y por otro el fracaso que frente a su tratamiento sufre el moderno Derecho Penal. Mayor peligrosidad por la facilidad para la comisión del delito y su ocultación que proviene de la práctica delictiva, creando reflejos condicionados por los actos anteriores. Del mismo fundamento deriva mayor reprochabilidad por tratarse de una criminalidad crónica, similar, aunque diferente de la criminalidad profesional. En el segundo aspecto - constatación del fracaso del moderno Derecho Penal-

son clásicas las palabras de Anton Oneca sobre el resultado de las legislaciones del siglo XIX frente a los delincuentes habituales.

En su configuración como recaída en el delito, la habitualidad posee un entronque común con la reincidencia. Se ha dicho que la reincidencia es más y es menos que la habitualidad. Es más, porque no basta para la habitualidad la repetición de acciones, sino que es preciso que la insistencia en el delito constituya costumbre del sujeto; menos, porque es posible el hábito en un solo delito que esté compuesto por una pluralidad de acciones, y porque al ser integrante del concepto de reincidencia la sentencia condenatoria por un delito anterior, puede el sujeto haber cometido multitud de delitos, juzgados todos, como concurso de delitos, en un solo proceso. También es concepto fronterizo con el de profesionalidad. La profesionalidad une a la habitualidad -de la que es especie- el lucro y constituye un oficio del que se vive. La doctrina alemana conoce aún una tercera figura limítrofe con la habitualidad, la comercialidad, caracterizada por la intención de repetir el hecho en la misma forma, y de convertirlo así en parte permanente, o al menos periódica, de su ocupación. El ánimo de lucro no es imprescindible, pero representa un significativo indicio de intención comercial. Este proceso de indagación en la tendencia del autor, en su intencionalidad, no aparece tan nítidamente en la doctrina italiana, en la que se duda de la necesidad de un ligamen de habitualidad y para la que no es precisa la prueba de la inclinación a cometer el delito. La doctrina española ha estudiado la habitualidad en sus vertientes criminológica y de derecho positivo. En cuanto a la primera hay acuerdo general en la nota de costumbre o hábito incorporado al sujeto por la repetición de actos de la misma especie.

Así pues, sustrato criminológico motivador en la configuración general de los tipos, pero no incorporación del mismo en su concreta interpretación y aplicación. Con esta división se pone de relieve, no obstante, que los procesos legislativos que han dado como resultado la formación de los tipos de hábito clásicos son sumamente recusables. Con énfasis ha señalado TORIO en otro ámbito delictivo "la improcedencia de que un tipo delictivo sea configurado en atención a un posible sustrato criminológico, es decir, a la peligrosidad presunta de un eventual tipo criminológico de autor". Crítica que se extiende a las

agravaciones no basadas en el desvalor de acción y en el desvalor de resultado superiores en la figura agravada respecto de la básica.

A la vista de las posiciones doctrinales dominantes, cabe preguntarse - negada la relevancia del ligamen entre los hechos que componen la habitualidad basada en la incorporación subjetiva de la costumbre o la inclinación o tendencia al delito- aún dónde se encuentra en la figura de delito habitual el elemento que de sentido a la formulación típica. Con MIR PUIG debe señalarse que ese elemento es el hábito, no ya como habitualidad del sujeto, ni como costumbre a él incorporada, sino como repetición de actos dotada de sentido unitario. Con ello se desplaza el centro de gravedad de la valoración normativa y de la interpretación, desde una subjetividad de conducta basada en insuficientes datos procedentes de la criminología, hasta la objetivación constatable en un número de actos que llegan a reunir suficiente desvalor de acción y de resultado.

Antecedentes internacionales

Grassi (2011), en su tesis titulada: La problemática de la reincidencia en el derecho penal actual, analizó en forma breve el planteamiento del agravante de culpabilidad por reincidencia, buscando una delimitación de su objeto de análisis, evaluando las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la persona que con anterioridad haya sido condenada y considero que una modificación al presente instituto mercería ser analizada bajo un aspecto multidisciplinario, donde la Dogmática Penal, la Criminología y la Política Criminal trabajen en una normativa ajustada a los derechos fundamentales reconocidos de manera supranacional y que pueda permitir que ejercicio del poder punitivo delegado al estado sirva para brindar mayor seguridad jurídica y justicia.

Al respecto, expresa el Dr. Roxin 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 entra 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 éstas, a su vez, en reglas jurídicas de lege lata o ferenda, es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo.

Martínez, (2007) en su tesis titulada: La reincidencia afirmó, que la reincidencia se limita a cualificar en el sentido de su gravedad las figuras de ilícito ya asumidas como caracterizantes e individualizadoras (en abstracto) sólo en función del contenido objetivo de interés implicado en la acción y en la voluntad del agente. No se prevé, en efecto, una pena típica abstracta, independiente de la señalada para idéntico delito del delincuente primario que corresponda al delito del reincidente.

Ello no deriva de simples razones de técnica legislativa: evitar la distinción, en cada norma previsor de una figura delictiva, entre la sanción correspondiente al debutante criminal y la que haya de aplicarse al reincidente; porque en realidad la pena de este último va fijada dentro de los límites penales señalados al modelo criminal previsto en la norma abstracta objetiva. Ni siquiera la pena determinada por la multirreincidencia, ciertamente distinta de la señalada en el tipo delictivo, puede entenderse como sanción autónoma y abstracta sino como derivada y dependiente de la que corresponde a la específica figura criminal realizada y sólo determinable en función de ella. Y que los efectos de la reincidencia se producen en el ámbito del tipo concreto y, por tanto, de modo distinto y lógicamente sucesivo a los efectos primarios determinados por los demás elementos de la figura típica. Ni la culpabilidad de inclinación —si se admite— ni el aumento de culpabilidad que la reincidencia implica, condicionan el nacimiento de la responsabilidad (abstracta), para lo cual, por otra parte, es suficiente la genérica culpabilidad radicante en la reprochabilidad del hecho en función de su autor, suponiendo simplemente un grado para la especificación de esa responsabilidad y un elemento integrante del reproche específico que dicho acto merece.

Este es precisamente el modo de operar de las circunstancias, al menos de aquellas que se refieren primariamente a la culpabilidad. Para finalizar, también la reincidencia, como las demás circunstancias, enriquece la descripción de la figura

típica concreta con un elemento nuevo de carácter objetivo, cual es el hecho de la sentencia penal de condena.

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 procedentes, 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.

Acosta, (2002); para este autor, el fenómeno de la reincidencia, son cuestiones que han sido largamente debatidas, su naturaleza, su ubicación en la teoría del delito y, dentro de éste, si dentro del injusto o de la culpabilidad- o en la teoría de la pena, su constitucionalidad, Sin embargo, hemos detectado que no existe mucha producción nacional sobre estos aspectos, lo que ha despertado nuestra preocupación científica. La atribución de agravante de la responsabilidad que realiza nuestro Código Penal, pone de manifiesto la concepción peligrosista que lo inspira.

De tal manera que la declaración de habitualidad y la imposición de medidas de seguridad eliminativas, dan cuenta de lo paradigmático que resulta

este Código, en cuya exposición de motivos, el mismo legislador afirma que “la función represiva no es más que una función de defensa social”. En este sentido, aparenta ser de orden- y conociendo el resultado de la aplicación de la normativa vigente en la materia y la opinión de los operadores del segmento judicial penal, será de gran importancia en tanto que reflejará los parámetros considerados por nuestros tribunales para la agravación de las penas y la imposición de las medidas de seguridad. Claro está, que también será menester la realización de una consideración crítica de la normativa, su aplicación y su fundamentación, así como de la existencia y efectos del instituto.

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 Y, para el derecho penal, recaída en la “actividad delictiva” o “reiteración de delitos”. Cuando la condena por un delito precedente fue explícitamente reconocida como causa de agravación de la pena por el delito posterior (...). Para que se verifique la hipótesis de la reincidencia es menester que el sujeto haya sido hallado culpable, por lo menos, de dos delitos; debe existir, por tanto, una pluralidad de conductas criminosas. En definitiva, el aspecto más relevante es el acto material de la recaída del culpable en la comisión de delitos.

El codificador uruguayo sostenía que la reincidencia se caracterizaba 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 renuncia a una definición, en razón de la dificultad de proporcionar un concepto satisfactorio a nivel internacional, y opta por la delimitación de un objeto de análisis, que, para él, en cuanto a la reincidencia, se entiende como " la problemática de las disposiciones legales que hacen derivar 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.

La reincidencia en el Código Penal Uruguayo. Está regulada en el artículo 485 del Código Penal, en el Capítulo II del Título III del Libro I, entre las circunstancias agravantes que alteran el grado de la pena. Sin embargo, esta agravante puede ser eliminada o compensada por el concurso de circunstancias atenuantes, ya que los artículos 506 y 537 dejan la valorización respectiva al arbitrio judicial.

En efecto, de conformidad con lo establecido en dichos artículos, para elevar o rebajar la pena, el Juez atenderá, preferentemente, a la calidad de las circunstancias concurrentes y, teniendo en cuenta su valor "esencialmente sintomático" (sic, art. 53), tratará de formarse conciencia acerca de la peligrosidad del agente, para con tales conclusiones fijar la pena a aplicar. De acuerdo a la regulación legal (numeral 1 del artículo 48) se integra con dos elementos esenciales: a) una condena; b) un delito posterior. Camaño Rosa, al estudiar el instituto, enseñaba que con relación a la condena anterior debe decirse que : - es indiferente que haya cumplido o no la pena ("haya sufrido o no el agente la pena"); - debe tratarse de delitos de la misma naturaleza, ya que el artículo 49 establece que no existe reincidencia ni habitualidad entre delitos dolosos y culpables, comunes y militares, comunes y políticos, entre delitos y faltas; - pudo haber sido dictada tanto por un tribunal nacional como por uno extranjero ("cometido en el país o fuera de él"); - la condena debe ser de carácter penal, esto es, "las sentencia de absolución o de sobreseimiento no pueden ser tomadas nunca en consideración a tal efecto, cualquiera sea el motivo y aun cuando éste presuponga comprobada la culpabilidad del absuelto, como el perdón judicial (art. 127).

Habitualidad por reincidencia. El numeral 2 (habitualidad facultativa) del artículo 48 dispone que puede ser considerado habitual el que, habiendo sido condenado por dos delitos anteriores, cometiere un nuevo delito antes de transcurridos diez años desde la condena por el primer delito; y el numeral 3 (habitualidad preceptiva) del mismo artículo prescribe debe ser considerado habitual el que encontrándose en las condiciones mencionadas, acusare una tendencia definida al delito en concepto del Juez, por el género de vida que lleva, su inclinación a la ociosidad, la inferioridad moral del medio en que actúa, las relaciones que cultiva, los móviles que surgen del delito cometido y todos los demás antecedentes de análogo carácter. Tales definiciones confirman la concepción del codificador de que el régimen de la habitualidad en nuestro Código es la cristalización de la reincidencia y por eso la integra con dos elementos: uno objetivo, que se compone del número de condenas dentro de un lapso determinado; y otro subjetivo, por el que deja librado a la apreciación judicial el análisis de peligrosidad del individuo que se juzga.

El efecto más importante de la declaración de habitualidad, sin perjuicio de los ya indicados para la reincidencia, es que permite la aplicación de medidas de seguridad eliminativas. En el caso de la habitualidad preceptiva, la imposición de las medidas, valga la redundancia, también es preceptiva (art. 48 num. 3º y 92 inc. 4 del Código Penal). Habitualidad por reiteración.

En sede de concurso de delitos, el art. 55 del Código Penal, establece que cuando los delitos excedieren de tres y se cometieren en el término de diez años o en un período mayor de tiempo a contar del primero, la pena no varía; pero el Juez podrá, en el primer caso, declarar al autor delincuente habitual, de acuerdo con lo establecido en el inc. 2º del art. 48 y, con ello, proceder a la aplicación de medidas de seguridad.

2.2 Marco teórico

2.2.1. Habitualidad

Boldova y Rueda (2005) definieron la habitualidad, en el ámbito de los delitos y delitos de malos tratos (violencia domestica), como la inclinación del hombre a la reiteración del ejercicio de actos delictivos o violentos.

Al no definirse esa nota esencial por el legislador, para determinar su alcance hemos de acudir a la doctrina judicial.

En virtud de una interpretación gramatical puede decirse que habitualidad implica cierta periodicidad en el ejercicio de la actividad, ya que según el diccionario de la Real Academia habitual es aquello que se hace con continuidad.

La habitualidad es una forma agravada de la reincidencia

En lo penal, la habitualidad es circunstancia reveladora de peligrosidad extrema, por comprobar la permanencia en los impulsos antijurídicos, que, cuando encuentra precedentes judiciales, constituye las calificadas agravantes de reiteración, en lo delictivo genérico, y de reincidencia (v.), en tanto que especialidad transgresora.

Habitualidad penal: En el campo del Derecho Penal, la habitualidad implica la comisión reiterada de delitos, generalmente del mismo orden.

El delincuente habitual es el que incursiona reiteradamente en el campo de la delincuencia.

Según Ferri, muchos lo hacen por simple costumbre adquirida. Comienzan infringiendo la ley penal en los primeros años de la adolescencia, casi siempre mediante la comisión de delitos contra la honestidad o contra la propiedad. Luego se incorporan, paulatinamente, al submundo de la delincuencia, configurando “una categoría delincuente”.

El medio determina su conducta posterior, hasta que llegan a adquirir “la costumbre crónica del delito”. Además, sus compañías habituales los inducen a

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

La figura de la habitualidad, en tanto que, a su vez, sigue planteando algunas dudas en cuanto a la misma concreción de su concepto. La habitualidad implica que un mismo sujeto repite determinadas veces el mismo comportamiento criminal en un espacio acotado temporalmente. En el Código Penal actual ha sido utilizada de dos formas diferentes: de un lado, en determinadas figuras que son calificadas como delito precisamente por el carácter habitual de la conducta (habitualidad como elemento del tipo) y, de otro, simplemente para agravar la pena de ciertos ilícitos.

2.2.2. Reincidencia

En Roma la llamaban “consuetudodelinquendi”, o delincuencia habitual que demostraba que el reo aparecía como incorregible, proviniendo etimológicamente, reincidencia, de “reincidere” que quiere decir “recaer en la conducta delictiva”. Fue admitida también por el Derecho Canónico como agravante de la pena y admitida por el Código Penal francés de 1810.

La reincidencia consiste en cometer un nuevo delito luego de una sentencia condenatoria, dentro de un período determinado de tiempo, lo que agravará la pena del delincuente, le impedirá acceder a la libertad condicional, permitiendo la incorporación de la reclusión por tiempo indeterminado.

La pena anterior debe ser real y no condicional. Se diferencia del concurso de delitos en que el delito o delitos anteriores ya han tenido condena efectiva. Carrara, fundamentó el aumento de la pena al reincidente en la insuficiencia de la pena ordinaria para ese delincuente, insuficiencia demostrada por el mismo autor al reiterar la conducta delictiva.

Muchos autores cuestionan a la reincidencia como factor de agravamiento del delito, pues agrava la condena de alguien que es más vulnerable a caer en el delito sumando cuestiones ajenas al hecho actual tipificado.

En el Código Penal, art 39, se define la reincidencia como cometer un nuevo delito penado con prisión o reclusión, cuando se hubiere condenado a un delito por sentencia firme a una pena de privación de libertad que hubiera sido impuesta por un tribunal. En el caso de delito cometido en el extranjero, éste se tendrá en cuenta para que se cometa reincidencia, si ese delito puede dar lugar a extradición.

Se excluyen los siguientes delitos como antecedentes para la reincidencia: los delitos políticos, los perpetrados por menores de 18 años y los que fueran objeto de amnistía. Tampoco se tomará en cuenta el delito anterior si desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual, que nunca será mayor de 10 años, ni inferior a cinco.

El debate acerca de si se debe seguir contemplando la reincidencia para agravar la condena divide a la doctrina pues el incremento de la delincuencia, hace dudar la conveniencia de erradicar este instituto, cuando la sociedad está reclamando penas más duras, aunque también es discutible si más tiempo de privación de libertad no convertirá al delincuente en más peligroso aún, sin embargo devolverlo a la sociedad sin reformarse también es sumamente peligroso.

En la teoría del sujeto. La reincidencia como cualificación personal

El aumento de pena que la reincidencia implica se basa exclusivamente en la relevancia penal de la personalidad del delincuente. En general, sustentan tal opinión todos aquellos autores que ven en el hecho de la recaída tras la condena una simple revelación, índice o síntoma de la personalidad o de una cualidad del reo contra la cual se debe reaccionar, sin admitir, al mismo tiempo, que esa supuesta cualidad se transfunda en el delito modificando su gravedad. Por supuesto, son subjetivistas en ese sentido todos los seguidores de la antigua escuela positiva, que ponía en primer término la peligrosidad del reincidente; los que ven en él un tipo preventivo de autor; los integrantes del neoabolicionismo, que confunden o, mejor dicho, intentan comprender o fundir la reincidencia con la habitualidad; y un gran número de los penalistas que conceptúan la reincidencia como una cualificación jurídica subjetiva.

La reincidencia y el principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad o también conocido como “nullum crimen sine culpa”, dentro de todo Estado de Derecho, es el pilar fundamental el cual sin duda representa una regla de encauzamiento y limitación a la potestad punitiva del Estado.

Representa gran importancia “El Principio de Culpabilidad” en un Estado de Derecho ya que sin su reconocimiento no sería posible legitimar en estos días la legislación penal.

Inicialmente se puede afirmar que este principio establece que sólo puede perseguirse y castigarse penalmente a quien intervino en la comisión de un delito por un hecho propio, con dolo o culpa, y con una motivación racional normal. Asimismo, determina que la culpabilidad es un presupuesto y un límite de la pena.

Sin duda alguna, el principio de culpabilidad constituye un indispensable límite al poder punitivo estatal no sólo para evitar cualquier castigo motivado en hechos de otros, en una responsabilidad puramente objetiva o basada exclusivamente en las características personales del autor, sino también para no sobrepasar la medida o grado del injusto cometido.

Por ello, el principio de culpabilidad limita el derecho penal a los hechos propios cometidos por un ser racional culpablemente (dolo o culpa), y establece el marco justo preciso y equitativo de la pena.

El principio de culpabilidad establece que la pena criminal únicamente puede basarse en la constatación de que al autor cabe reprocharle personalmente su hecho.

La esencia de la culpabilidad no radica en un defecto del carácter, adquirido culpablemente por el modo de vida que se ha llevado (“culpabilidad por el modo de vida”), sino en que el autor ha cedido a la tentación en la situación concreta y ha cometido un hecho punible y de esa forma se ha hecho culpable por su actuación (“culpabilidad por el hecho”).

La reincidencia y el principio de proporcionalidad

El derecho a la libertad es una garantía fundamental reconocida Constitucionalmente en el artículo 20 y el artículo 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin embargo este derecho no es de carácter absoluto e irrestricto, pues se admite que en ciertas circunstancias pueda ser restringido, en salvaguarda de intereses sociales de mayor valor. A través de la Prisión Preventiva, en el proceso penal se admite excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, que el derecho a la libertad sea restringido antes de que exista una sentencia penal condenatoria. Siendo el Principio de Proporcionalidad la pieza clave en su regulación, de manera que sea la medida que equilibre la necesidad de mantener y respetar el orden social, con el derecho y el respeto a la libertad y el ámbito personal del imputado.

Partiendo sólo de este principio tiene sentido toda la regulación sobre la Prisión Preventiva y cualquier medida que intente limitar derechos fundamentales. La dinámica del Principio de Proporcionalidad es que si no hay más remedio que privar la libertad a una persona, ello debe hacerse conforme a los presupuestos legales y formas previstas, pero además debe guardarse la debida proporcionalidad. De ahí que sea posible que un presunto homicida esté en prisión preventiva y otro, igualmente presunto homicida no lo esté sin que con ello se haya violado otro derecho constitucional tan importante como el derecho a la igualdad.

Es la naturaleza, gravedad e importancia del caso, y también las circunstancias de la persona imputada, la que hace aconsejar legalmente un diferente tratamiento. El Principio de Proporcionalidad en la Constitución Política de 1993, está regulado en su artículo 2º inciso 24, párrafo “a” y “e”; en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 3º y 11º; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9º inciso 3 y 14º inciso 2 y en el Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 7º inciso 2 y 8 inc.2. 34

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gangaram Panday, ha sostenido que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales- pueden

reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables imprevisibles o faltos de proporcionalidad". El Nuevo Código Procesal Penal en su artículo 253°.2 menciona que la restricción de un derecho fundamental en el proceso penal requiere que se imponga con el necesario respeto al Principio de Proporcionalidad.

Su referencia constituye un hito fundamental, porque reconoce en forma expresa una regla de principio de carácter vital aplicable a toda limitación de derechos fundamentales. Una medida que respete este principio debe ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto; esto es, que supone llevar a cabo un juicio de ponderación en el caso concreto, entre la gravedad o intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican.

La Proporcionalidad en sentido estricto es una regla, la cual debe ser aplicada de manera valorativa, ponderativa y material, que se refleja en un balance total, cuya virtualidad se fija genéricamente en la prohibición de exceso y, concretamente, en la interdicción de vaciar el contenido esencial del derecho objeto de restricción o limitación. Siendo que, desde esta perspectiva, hay dos dificultades al aplicar esta regla en materia cautelar penal: una, la de fijar el contenido esencial de un derecho fundamental, y, otra, la de identificar los intereses en conflicto. Es por ello que, la proporcionalidad strictu sensu obliga a que la medida considerada suficiente para el fin perseguido no suponga un tratamiento excesivo en relación, no ya con el riesgo para el proceso sino con el interés que la justifica teleológicamente.

El proceso es un instrumento al servicio del derecho sustantivo que aplica, por lo que el juicio de valor sobre el interés de sustanciar el proceso ha de trasladarse al derecho material al que sirve o, como mínimo, utilizar ese derecho sustantivo para fijar aquel valor en el caso concreto. Resulta que el derecho penal es también un instrumento, en este caso, de protección de bienes jurídicos, de cuyo valor es indicativa la decisión primera de protegerlos penalmente y, además, la pena asignada al acto que atenta contra ellos. Siendo la consecuencia jurídica del delito legalmente prevista, el único criterio plausible para medir el interés

estatal en el esclarecimiento y punición del hecho enjuiciado: en la protección del bien jurídico concreto. Para respetar la exigencia de proporcionalidad strictu sensu, la medida cautelar adoptada no podrá suponer una injerencia (ni cualitativa ni cuantitativa) superior a 35 la pena prevista para el hecho enjuiciado.

Es decir, la medida cautelar no puede tener como objeto la injerencia en un derecho “más valorado” que el derecho que se restringe con la pena, ni por un tiempo superior al que pueda durar la misma. Para el análisis de la proporcionalidad strictu sensu ha de entenderse como límite la pena legalmente prevista para el hecho enjuiciado y, además el límite inferior de la misma. La proporcionalidad strictu sensu no busca la decisión “proporcional”, sino evitar la claramente desproporcionada. Y si se respetan las exigencias de idoneidad e intervención mínima, habrá de afirmarse la debida correspondencia de la medida acordada con los elementos que la fundamentan (el “riesgo de frustración” y la “peligrosidad procesal” del imputado): la conformidad del todo con las partes que lo componen que es, al fin y al cabo, el sentido del adjetivo “proporcional”.

La proporcionalidad en sentido estricto de la medida cautelar, tiene diversos pasos a seguir: determinar las magnitudes que deben ser ponderadas en caso de los derechos fundamentales en pugna; comparar dichas magnitudes a fin de determinar cuáles de ellas son más importantes en su realización; y construir una relación de procedencia condicionada entre las magnitudes en juego en este caso entre los derechos fundamentales con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso. Si el dictado de la prisión preventiva supera el primer test su objeto posibilita que se cumplan con los fines constitucionalmente perseguidos por el proceso penal.

En segundo nivel solamente será superado si la prisión preventiva es el medio más idóneo para asegurar que se cumpla con el proceso penal. El tercer nivel se verifica en la medida en que la prisión preventiva sea la última ratio del sistema en aquellos casos en donde es ostensible que la libertad del acusado implica un peligro procesal. En el ámbito procesal la consecuencia más importante del Principio de Proporcionalidad es aquella que no permite la prisión preventiva en un proceso para un delito que no lleve una pena privativa de

libertad, porque la cantidad y calidad de pena resultan ínfimas para tal gravosa medida cautelar; y por más que la ley procesal anuncie privación de la libertad, si el caso concreto enuncia lo contrario, se preferirá ésta última circunstancia.

Así, por ejemplo, lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 26 de Noviembre de 1984, que establece el Principio de Proporcionalidad indirectamente en su fundamento de derecho segundo, apartado b), que dice: “En definitiva, la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en el juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonada no sería propiciamente cautelar sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”. Con esto se constata que la jurisprudencia española ha tenido a bien reconocer el papel fundamental que se desempeña el órgano jurisdiccional en la adopción de medidas cautelares personales, en tanto en cuanto debe descender a la individualidad de cada caso concreto para valorar las circunstancias, la situación del imputado y estudiar a fondo las consecuencias del sometimiento del sujeto a la medida cautelar.

La esencia de la prisión preventiva viene conformada por la privación de la libertad locomotora o física del imputado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario, con el propósito de aseguramiento del proceso; siendo que el artículo 268º del Nuevo Código Procesal Penal exige la concurrencia de cuatro exigencias de concurrencia conjunta, para la imposición de la medida de coerción personal de detención preventiva, reproduciendo los términos del artículo 135º del Código Procesal Penal de 1991. En cuanto a los presupuestos materiales para admitir la prisión preventiva, de acuerdo al artículo 268º del Nuevo Código Procesal Penal, el Juez a solicitud del Ministerio Público puede dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos es posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo, b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de

pena privativa de libertad; y c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que trata de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Conforme al artículo 135° del Código Procesal Penal, el juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible determinar: 1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado; 2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; y, 3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa. Nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Exp. 139-2002-HC/TC del 29 de enero del 2002, ha considerado que los tres incisos del artículo 135° del Código Procesal Penal deben concurrir copulativamente, a fin que proceda la medida de detención.

La inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley Nº 28726

En la actualidad la presencia de legislación inconsistente con nuestra carta política ha ocasionado un gran impacto que ha dejado estupefacto a más de uno de los estudiosos del Derecho sobre todo dentro del campo Penal. Dentro de las inconsistencias planteadas entre normas legales y principios constitucionales encontramos la dación de la Ley Nº 28726, la misma que introduce modificaciones al Código Penal y al Código Procesal Penal, incorporando instituciones como la Reincidencia, concepto que a nuestro parecer contraviene a uno de los principios más conocidos en el Derecho Penal y Constitucional como es el de “Ne bis in ídem”.

El problema está circunscrito en la determinación de la Inconstitucionalidad o No de los artículos 1º y 2º de la Ley en comentario, 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.

La institución de la reincidencia.

Son muchas las acepciones que podemos encontrar dentro de la doctrina sobre Reincidencia. Para Cabanellas “Reincidencia es la repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente hablando se dice que reincidencia es la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad” (Cabanellas Tomo VII: 112). Reincidencia es la realización de un nuevo delito, por el mismo agente después de haber sido condenado por otro anterior, cuya pena se haya sufrido en todo o en parte y antes de haber transcurrido un determinado tiempo fijado por la ley. Coincidiendo con Amado Ezaine respecto a la Reincidencia, dijo; que es la “recaída en el delito”

En cierto sector doctrinal dentro del cual ubicamos a juristas como Rossi, Carrara y otros, la reincidencia constituye una circunstancia agravante para la responsabilidad del autor del delito, siendo dicho criterio recogido en su mayoría por las legislaciones externas; mientras que otros, niegan la procedencia de la agravación. Y, por otro lado, no faltan penalistas tal como Bucellati o Kleinschrod que afirman que debe considerarse a contrario sensu, como causa de atenuación; ya sea porque la repetición del delito obedece a una minoración de la imputabilidad, o porque dicha repetición se deriva de ciertas fallas en la organización social y/o en los malos sistemas jurídicos penales y penitenciarios.

otros legisladores consideran que la reincidencia instituye un concepto propenso a desaparecer, y así ser substituido por el de la habitualidad; y de esta manera no deba reputarse como una circunstancia ya sea de agravación ni de atenuación de la pena; puesto que con la experiencia queda demostrado que el

delincuente habitual es insensible a la sanción, y se mantiene en un estado de peligrosidad del cual hay que defenderse y a la sociedad, con medidas especiales. Y ello lleva implícito algo más que una agravante: la eliminación o el encierro perpetuo

Tanto el Código Penal español como el argentino establecen a la institución de la Reincidencia como una circunstancia agravante, y en ciertos casos la circunstancia más grave de las agravantes, sancionada generalmente con la aplicación de una pena inmediatamente superior a la prevista normalmente.

2.3. Marco Espacial

2.3.1 Reincidencia en la legislación peruana

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: “Incorpórense al artículo 46° del Código Penal los incisos 12 y 13, con el siguiente tenor: 12. La habitualidad del agente al delito. 13. La reincidencia.” (Artículo 1° de la Ley N° 28726)

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

“Artículo 46°- B.- Reincidencia: *El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados”.* y

“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”.

2.4. Marco Temporal

2.4.1. Antecedentes normativos comparativos en Latinoamérica de la reincidencia y habitualidad

Es habitual que las figuras que aparecen consagradas en un cuerpo normativo y que ven la luz por primera vez, tienen un antecedente extranjero. Así, las figuras de la reincidencia y habitualidad no son la excepción a esta regla general. Estas figuras mayormente han sido desarrolladas en países latinos como México y Argentina, donde las mismas tienen una vigencia considerable en sus códigos penales, tal es el caso de México, donde estas figuras se encuentran contempladas en el artículo 20 y 21 del Código Penal Federal mexicano. Así tenemos: “Artículo 20. Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

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

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

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

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

respecta al Código Penal de la Nación Argentina, estas figuras presentan el siguiente tenor literal:

En lo que respecta al Código Penal de la Nación Argentina, estas figuras presentan el siguiente tenor literal:

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

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad.

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

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

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

Artículo 278.- 1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$

50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí; b) El mínimo de la escala penal será de cinco (5) años de prisión, cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza” .

2.5. Marco Legal

Tipos de Reincidencia

En cuanto a las dimensiones a tener en cuenta en la reincidencia son: en primer lugar, una reincidencia genérica y una reincidencia específica. Se habla de reincidencia genérica cuando el nuevo delito es de diferente naturaleza a aquel o aquellos por los que el sujeto fue condenado anteriormente; por ejemplo, si fue condenado por Robo Agravado por Efracción y comete posteriormente un Homicidio Culposos.

En cambio, es reincidencia específica, cuando el nuevo delito cometido es idéntico o análogo a aquel por el cual el sujeto fue condenado anteriormente.

Reincidencia Específica: Es cuando el sujeto realiza un hecho delictivo para luego repetir el mismo u otro ciertamente parecido el cual figure en el mismo título del código penal, conocida como la circunstancia agravante de reincidencia, por antonomasia.

Reincidencia Genérica: Es la circunstancia conocida como la impropia; siendo agravante de reiteración, donde se realiza la repetición en el delito, pero variedad en la especie; por ejemplo, una vez se robó y en otra se incurrió en cohecho.

El principio de Ne bis in ídem.

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 bis 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 bis in ídem 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.

Antecedentes Históricos.

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 divina⁶, 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.

La reincidencia y habitualidad desde un análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Consideraciones generales.

La Constitución Política de nuestro país, sus principios y derechos fundamentales, son base de nuestro sistema jurídico y matriz mediante 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 contenido en ella.

El presente trabajo, refleja una crítica a la incorporación de la Reincidencia dentro de la normatividad penal peruana por ser contraria al principio de Ne bis ídem y por tanto de naturaleza Inconstitucional. Aunque, si bien es cierto, el principio antes mencionado ya no está 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.

Para tales efectos desarrollaremos concisamente cada una de estas instituciones (Reincidencia y Ne bis in ídem) a fin de poder arribar a una solución lógica y coherente, y establecer recomendaciones óptimas al respecto, esperando dilucidar ciertas dudas que nos permitan llegar a metas conexas a los intereses de nuestro sistema jurídico peruano.

La Inconstitucional de los Artículos 1º Y 2º de la Ley N° 28726

En la actualidad la presencia de legislación inconsistente con nuestra carta política ha ocasionado un gran impacto que ha dejado estupefacto a más de uno de los estudiosos del Derecho sobre todo dentro del campo Penal. Dentro de las inconsistencias planteadas entre normas legales y principios constitucionales encontramos la dación de la Ley N° 28726, la misma que introduce modificaciones al Código Penal y al Código Procesal Penal, incorporando instituciones como la Reincidencia, concepto que a nuestro parecer contraviene a uno de los principios más conocidos en el Derecho Penal y Constitucional como es el de “Ne bis in ídem”.

El problema está circunscrito en la determinación de la Inconstitucionalidad o No de los artículos 1º y 2º de la Ley en comentario, 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 analizaremos en el presente trabajo.

La institución de la Reincidencia.

Son muchas las acepciones que podemos encontrar dentro de la doctrina sobre Reincidencia. Para Cabanellas “Reincidencia es la repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente hablando se dice que reincidencia es la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad” (Cabanellas Tomo VII: 112). Reincidencia es la realización de un nuevo delito, por el mismo agente después de haber sido condenado por otro anterior, cuya pena se haya sufrido en todo o en parte y antes de haber transcurrido un determinado tiempo fijado por la ley. Coincidiendo con Amado Ezaine respecto a la Reincidencia, diremos que es la “recaída en el delito”

Antecedentes normativos comparativos en Latinoamérica de la Reincidencia y Habitualidad.

Siempre es habitual que las figuras que aparecen consagradas en un cuerpo normativo y que ven la luz por primera vez, tienen un antecedente extranjero. Así, las figuras de la reincidencia y habitualidad no son la excepción a esta regla general. Estas figuras mayormente han sido desarrolladas en países latinos como México y Argentina, donde las mismas tienen una vigencia considerable en sus códigos penales, tal es el caso de México, donde estas figuras se encuentran contempladas en el artículo 20 y 21 del Código Penal Federal mexicano. Así tenemos: “Artículo 20. Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

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

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

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

Artículo 23. No se aplicarán los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente”. En lo que respecta al Código Penal de la Nación Argentina, estas figuras presentan el siguiente tenor literal:

En lo que respecta al Código Penal de la Nación Argentina, estas figuras presentan el siguiente tenor literal:

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

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad.

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

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

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

Artículo 278.- 1. a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí; b) El mínimo de la escala penal será de cinco (5) años de prisión, cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza” .

La doctrina mayoritaria española, se ha mostrado contraria a mantener la figura de la reincidencia como agravante en su Código Penal, tal es así que autores como Rodríguez Mourullo, Quintero Olivares, Mir Puig, Cobo del Rosalvives Antón, Muñoz Conde Y García Arán, Bustos Ramírez, Garzón Real y Manjón Cabeza, González-Cuellar, Zugaldía Espinar, AsúaBatarrita, Serrano Maíllo, Prats Canut, Calderón Cerezo Y Choclan Montalvo Y El Profesor González-Cuellar , son de aquellos que propugnan en sus obras jurídicas la abolición de estas figuras como agravantes. Por el contrario, quienes se han mostrado a favor de esta figura son profesores como Cerezo Mir, Serrano Gómez, Jaén Vallejo, Manzanares Samaniego, Martínez de Zamora y Romeo Casabona.

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

Análisis de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional (Exp. 0014 – 2006 PI/TC) sobre Proceso de Inconstitucionalidad acerca de la Reincidencia y Habitualidad y el Principio de Proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional considera conveniente determinar si la intervención del legislador, al incorporar la reincidencia como agravante genérica en el Código Penal, ha respetado o no el principio de proporcionalidad, lo que a continuación será objeto de análisis.

Es evidente que los comportamientos de las personas que se tipifiquen como delitos y el establecimiento de la pena que corresponda a ellos, constituirá una intervención en los derechos fundamentales por parte del legislador, por cuanto la Constitución reconoce, por un lado, el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2º, inciso 24) el cual se concreta también en el hecho de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esto no significa, sin embargo, que las intervenciones del

legislador o las restricciones que recaigan en los derechos fundamentales sean ilimitadas o absolutamente abiertas, sino, por el contrario, que estas deben ser plenamente justificadas –proporcionales– respecto a la protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes o valores constitucionales.

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

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

En segundo lugar, el subprincipio de necesidad impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado. Desde esta perspectiva, cabe evaluar si es que el legislador debió advertir la existencia de otras alternativas igual de idóneas pero menos gravosas que las introducidas en

la Ley N° 28726. Este Tribunal estima la inexistencia de otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura penal de la reincidencia y habitualidad en el delito, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad– como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger.

En tercer lugar, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Este Tribunal advierte que la Ley N° 28726 cumple también con este subprincipio. Y es que así como el Estado constitucional de Derecho tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el de terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros.

En ese sentido, cabe señalar que “dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su ‘nocividad social’). (...) un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de ‘nocividad social’ del ataque al bien jurídico”.

La cuestión, por tanto, de si la adjudicación de una pena a una persona reincidente ha cumplido o no su finalidad, no es una cuestión ajena a la sociedad democrática. Ella tiene un interés sustancial en conocer si la ejecución de la pena ha cumplido con los objetivos perseguidos por el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. En definitiva, el Tribunal es de la opinión que la intervención del

legislador en el derecho a la libertad personal, a través de las disposiciones modificatorias en la Ley N° 28726, no infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso; por lo que dicha ley ha de ser considerada como constitucionalmente legítima.

Conclusiones respecto a la Sentencia del Tribunal Constitucional

Constituye todo un desacierto académico que el TC analice el *ne bis in ídem* en función de aspectos estrictamente literales, no yendo más allá de esencia misma. Sin embargo, desde una interpretación teleológica advertimos una flagrante vulneración a este importantísimo principio del Derecho penal. En lo concerniente al principio de culpabilidad, lo expuesto por el supremo intérprete linda mucho, de lo que actualmente ha admitido como válido la doctrina mayoritaria, constituyendo su argumento del TC uno de aquellos que se encuentran en los viejos museos y que sólo nos sirve para advertir, cómo fue en un momento aquellas ideas que valoraban al inculpado o procesado.

Al pronunciarse el TC sobre el principio de proporcionalidad, este estima una ponderación entre Derechos fundamentales vs seguridad jurídica. En lo que respecta a este apartado, el TC se adhiere a aquellas doctrinas que pregonan mayores invasiones a los Derechos fundamentales. Algo que desde mi modesto punto de vista constituye todo un desacierto, pues la realidad nos muestra que el índice de criminalidad no tiende a disminuir.

En lo que respecta al criterio de la habitualidad, es más que sorprendente que los magistrados digan expresamente que para interpretar esta figura se deben alejar de la doctrina penal, máxime cuando este mismo considerando es un calco del argumento original expuesto por el TC español. Considero que al no hacer la cita respectiva, constituye un plagio lo aquí hecho por nuestro TC. La aplicación de la reincidencia y habitualidad al ser figuras de aplicación facultativa por el juzgador (en algo acertó nuestro legislador), exhorto a que los mismos realizan un control difuso sobre estas figuras, optando por la inaplicabilidad de ellas. Tal y conforme se estipuló en el Pleno Jurisdiccional Regional de fecha 15 de Octubre de 2006.

La postura muy alejada a lo que sostiene el TC debería ser: A más delitos cometidos, menor culpabilidad del agente. Aquí se recomienda medidas terapéuticas de prevención. Finalmente, se esperó mucho más de esta sentencia, la misma que debió estar sustentada y motivada en doctrina (nacional y extranjera) y jurisprudencia traída de otros Tribunales constitucionales extranjeros. Con toma de posturas a una u otra teoría, lo cual hubiera sido suficiente para avalar una sentencia venida del supremo intérprete de la constitución peruana. Máxime cuando existe una presunción fortísima, que aquí contamos con lo más selecto de la intelectualidad constitucional.

III. Marco metodológico

3.1 Metodología

La presente investigación está estructurada bajo los parámetros del paradigma naturalista (denominado también hermenéutico, interpretativo o fenomenológico, entre otros) este paradigma busca comprender la realidad describiendo e interpretando los hechos vinculados a su contexto; “no pretende la generalización sino la comprensión en profundidad de casos concretos en los que la interpretación de los significados es el eje central y entiende que la relación entre sujeto es abierta y vinculada a valores” (Moreno, 2014, p. 83).

Y de acuerdo a los objetivos de estudio y la naturaleza del problema planteado, es de enfoque cualitativo, donde se explora el fenómeno - Reincidencia y Habitualidad en Procesos Penales a Consecuencia de la ley 30076 - desde el punto de vista de los participantes.

Al respecto, Hernández, Fernández y Batista (2010) determinaron que en:

El enfoque cualitativo se selecciona cuando se busca comprender la perspectiva de los participantes (individuos o grupos pequeños de personas a los que se investigará) acerca de los fenómenos que los rodean, profundizar en sus experiencias, perspectivas, opiniones y significados, es decir, la forma en que los participantes perciben subjetivamente su realidad. (p. 364)

En tal sentido la investigación cualitativa permite entender como los participantes de la investigación perciben los acontecimientos de un fenómeno. Y se hizo uso del método inductivo que es un proceso en el que, a partir del estudio de casos particulares, se obtienen conclusiones o leyes universales que explican o relacionan los fenómenos estudiados (Rodríguez, 2005)

3.2 Diseño

Los estudios cualitativos, son por sí mismo un diseño de investigación, es decir, no hay dos investigaciones cualitativas iguales o equivalentes, puede haber estudios que compartan diversas similitudes, pero no réplicas como en la investigación cuantitativa.

Al respecto, Hernández, Fernández y Baptista (2010) señaló que: “el término diseño adquiere otro significado distinto al que posee dentro del enfoque cuantitativo, particularmente porque las investigaciones cualitativas no se planean con detalle y están sujetas a las circunstancias de cada ambiente o escenario en particular” (p. 134).

En el presente trabajo de investigación se ha adoptado el diseño de investigación fenomenológico, pues según Salgado (2007), estos diseños se enfocan en las experiencias individuales subjetivas de los participantes ya que, las percepciones de los sujetos evidencian para él la existencia del mundo, no como lo piensa, sino como lo vive; así, el mundo vivido, la experiencia vivida, constituyen elementos cruciales de la fenomenología.

3.2.1 Escenario de estudio

El estudio abarca al territorio a nivel nacional específicamente en los 27 Distritos judiciales donde se ha implementado en NCPP D. Leg. 957, Ley N° 30076, donde en la actualidad es un ambiente repleto de delincuencia, siendo Lima uno de las ciudades más peligrosas de América. Asombra que el estado no haya podido encontrar una solución a este tipo de problemas, y por el contrario se haya ido expandiendo, ya sea desde un robo a mano armada a asesinatos múltiples por una gran suma de dinero. Es pusilánime creer; que los políticos no hacen nada importante para evitar estas situaciones, claro que no en su mayoría, pero, sólo cabe acentuar que si no se encuentra una solución pronta la sociedad se volvería; desconfiada, despreocupada por el prójimo y totalmente descaecida de valores, debiéndose poner fin a la delincuencia en aplicación a la Reincidencia y Habitualidad.

3.3 Caracterización de Sujetos

La condición de sujeto directo del estudio recae en los sujetos activos, que violan los bienes jurídicos inmersos en el delito, en tal forma el sujeto indirecto del estudio, es el legislador o el poder ejecutivo quien a través de Normas jurídicas de su creación determina condiciones para contrarrestar la delincuencia.

3.3.1 Procedimientos metodológicos de investigación

La investigación fue realizada en dos tiempos, inicialmente en gabinete mediante la revisión y análisis de las fuentes de información bibliográficas y hemerográficas, relativas a la legitimidad del poder; asimismo, se ha recopilado y procesado libros, revistas jurídicas peruanos en relación a los delitos cometidos por la delincuencia a nivel nacional.

El material especializado se obtuvo de fuentes físicas y electrónicas, verificando que la procedencia de las mismas responda a información seria, trascendental e importante para la investigación.

Se analizó la información, para posteriormente procesarla y obtener los resultados que se esperaban. Los resultados obtenidos fueron contrastados con las entrevistas realizadas a profesionales abogados jueces, del Poder Judicial representantes del Ministerio Público especialistas en la materia, que permitieron corroborar las mismas.

3.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Las técnicas utilizadas para el presente estudio fueron: La observación no participativa, la entrevista estructurada y semiestructurada

La observación no participativa:

Para Hernández, Fernández y Baptista, (2010) “la observación cualitativa no es una mera contemplación (sentarse a ver el mundo y tomar notas), implica adentrarnos en profundidad a situaciones sociales y mantener un papel activo, así como una reflexión permanente; estar atento a los detalles, sucesos, eventos e interacciones” (p. 411).

En la observación no participativa, el investigador se mantiene al margen del fenómeno estudiado, como un espectador pasivo, que se limita a registrar la información que aparece ante él, sin interacción, ni implicación alguna. Se evita la relación directa con el fenómeno, pretendiendo obtener la máxima objetividad y veracidad posible.

En el presente trabajo se asumió la observación no participativa, es decir se realizó sobre el terreno, sin insertarse a la vida del grupo para no modificar su comportamiento habitual.

La entrevista:

La entrevista cualitativa es, flexible y abierta, en palabras de Hernández, Fernández y Baptista, (2010) “ésta se define como una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados)” (p. 418).

Las entrevistas se dividen en estructuradas, semiestructuradas o no estructuradas, o abiertas. En el presente trajo de investigación se utilizó las entrevistas estructuradas de manera selectiva a diez (10) profesionales en derecho con especialidad en Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Constitucional y Ciencia Política.

La revisión de datos y resultados, elaborados por las autoridades del Ministerio Público, Poder Judicial del Perú, relativas a los procesos judiciales en vía Penal y excepcional en la Corte Suprema del Poder Judicial.

3.5 Mapeamiento

El presente trabajo de investigación desarrolla la incidencia que tienen los individuos que cometen delitos, a fin de aplicar las penas es necesario determinar los presupuestos para poder fundamentar y determinar la pena, individualización de la pena, así como circunstancias de atenuación y agravación de la pena, agravante del sujeto activo, incluyendo la Reincidencia y Habitualidad, hoy descritos en la Ley N° 30076.

La información obtenida responde a fuentes oficiales elaboradas por el Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional del Perú. La información fue procesada, analizada y se generaron datos necesarios que permitieron enfocar el tema de investigación.

IV. Resultados

4.1 Resultados descriptivos

Para describir los resultados se ha tomado como referente los objetivos planteados en la presente investigación: Determinar en qué medida los jueces tendrán en cuenta la reincidencia, y la habitualidad como agravantes, para el mandato de prisión preventiva a consecuencia de la Ley N° 30076. Y 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 penalistas altamente calificados, cuyo informe forma parte de los anexos del presente trabajo, frente a la pregunta ¿Se aplica la agravante de reincidencia y de la habitualidad en los procesos penales de Lima?, por una parte los abogados penalistas, señalaron que; no se aplican en todos los casos por que los jueces no pueden aplicarlas de oficio y además; el Fiscal y los Defensores Técnicos tienen que solicitarlos al Juez. Por otro lado, las personas con antecedentes judiciales manifestaron que; no deberían por que aplicarlo como agravante, porque para cada delito la ley ya tiene una sanción o condena.

En cuanto a la pregunta ¿Se fundamenta y se aplica bien la figura de la Reincidencia en nuestros tribunales? Los abogados penalistas, manifestaron; que sí, los magistrados lo fundamentan y lo aplican bien la figura de la Reincidencia, pues están enviando a la cárcel a los delincuentes por más tiempo y sin beneficios penitenciarios por los magistrados. En cambio las personas con antecedentes judiciales dijeron, de una forma indignante, que; los jueces fundamentan y aplican bien la figura de la reincidencia solo cuando no tienes plata para pagar un buen abogado y no poder arreglarlos.

Frente a la pregunta ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Defensores Técnicos a la agravante de la Reincidencia? Los Abogados Penalistas, manifestaron que: Los Defensores Técnicos no le dan mucha importancia a esta agravante, en la mayoría de los casos porque, tienen mucha carga procesal y en algunos casos lo desconocen. En cambio las personas con

antecedentes judiciales dijeron que: Los Defensores Técnicos no se meten no le toman importancia ellos cuidan su trabajo y nada más.

En cuanto a la pregunta ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Fiscales a la agravante de la reincidencia o no lo toman en cuenta? Los Abogados Penalistas, dijeron que; los Fiscales le dan la importancia del caso lo que pasa es que no tienen la información de personas que delinquieron en su debido momento. Mientras que las Personas con antecedentes judiciales, manifestaron que; algunos Fiscales le dan importancia a otros no.

Respecto a la pregunta ¿la declaración de parte del imputado inmerso en una Reincidencia debería considerarse como atenuante de su responsabilidad?- los Abogados Penalistas, dijeron que; la declaración de parte de los imputados haciendo conocer a los jueces que están inmersos en un caso de Reincidencia no debe considerarse como atenuante de su responsabilidad por cuanto lo que se juzga es la reincidencia. Mientras que las Personas con antecedentes judiciales, manifestaron que; la declaración de parte de los imputados haciendo conocer a los jueces que están inmersos en un caso de Reincidencia debe considerarse como atenuante de su responsabilidad porque está diciendo la verdad sin necesidad de solicitar información sobre la reincidencia.

¿Cuál cree que es la importancia dada por los Fiscales a la agravante de la habitualidad o no lo toman en cuenta? Los Abogados Penalistas manifestaron que: Los Fiscales le dan la importancia del caso, lo que pasa es que en esta figura por no tener la calidad de sentenciados la habitualidad es más complejo. Mientras que las Personas con antecedentes judiciales; dijeron que algunos Fiscales no le dan importancia tan igual como a la de Reincidencia.

En cuanto a la pregunta: ¿Considera el fenómeno de la habitualidad como agravante de la responsabilidad penal? Los Abogados Penalistas. Dijeron que por supuesto que agrava La responsabilidad penal endureciéndose las penas impuestas por los magistrados. Mientras que las Personas con antecedentes judiciales, no consideran como agravante de la responsabilidad Penal porque muchas veces la gente comete delito por necesidad o porque no hay trabajo para las personas con antecedentes judiciales.

Frente a la pregunta; ¿Considera constitucional la aplicación de la habitualidad? Los Abogados Penalistas, respondieron: Sí consideramos que es constitucional la aplicación de la habitualidad por que endurece las penas y protege el derecho constitucional más importante que es el derecho a la vida entre otros. En cambio las personas con antecedentes judiciales, respondieron: consideramos que es inconstitucional la aplicación de la habitualidad por que endurece las penas y solo busca superpoblar las cárceles del Perú.

En cuanto a la pregunta ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Defensores Técnicos a la agravante de la Habitualidad? Los Abogados Penalistas, respondieron que: Los Defensores Técnicos no le dan la importancia debida a esta agravante, será que tienen mucha carga procesal y en algunos casos lo desconocen.- y las Personas con antecedentes judiciales, manifestaron que los Defensores Técnicos no se meten, no le toman importancia; ellos cuidan su trabajo y nada más.

Finalmente frente a la pregunta: ¿La agravante de la habitualidad solo se debería aplicar para los procesos de Crimen Organizado? Los Abogados Penalistas. Dijeron: La agravante de la habitualidad no solo se debería aplicar a los procesos de crimen organizado sino a todos los delitos para que quede precedente para los que se inclinan por cometer delito. Mientras que las Personas con antecedentes judiciales, manifestaron que; La agravante de la habitualidad no se debería aplicar ni a los procesos de crimen organizado ni a delitos comunes porque la ley ya los castigo.

4.2. Descripción de Resultados

Muchas veces el ciudadano común se pregunta ¿por qué el Juez no aplica la reincidencia o habitualidad, si ese sujeto ha delinquido más de dos veces? Esa apreciación tienen la mayoría de los ciudadanos, confundiendo ambos términos. 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.

En los libros de derecho, 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, con el fin de frenar los actos delictivos se dispuso medidas más drásticas, se incorporó en el Código Penal las citadas instituciones jurídicas por Ley N° 28726, publicada el 09 mayo 2006, constituyendo circunstancias agravantes. El artículo 46-B define la Reincidencia como él que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Entonces la reincidencia constituye circunstancia agravante para la determinación de la pena, y el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados. Y el artículo 46-C define la Habitualidad cuando el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de

tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Considerándolos circunstancias cualificadas de agravación para la determinación de la pena concreta. La citada Ley también modificó 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 determinó 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.

V. Conclusiones

Pensar si es o no constitucional la institución de la Reincidencia será criterio de cada uno. Sin embargo, es posible apreciar que de los mismos conceptos estudiados en este trabajo se desprende su antonimia, siendo la conclusión bastante obvia, concordante y atenuante a la Residencia y Habitualidad descritos en la Ley N° 30076.

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 como atenuante para optar por la Prisión Preventiva.

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.

El análisis de la exposición de motivos del código penal peruano establece la prohibición de agravar la pena por Reincidencia y Habitualidad.

El análisis doctrinario establece que la Reincidencia es una institución de carácter totalitaria por cuanto abandona el derecho penal de acto de corte garantista y se adhiere al derecho penal de autor que no sanciona los hechos cometidos, sino sanciona a la personalidad del individuo a partir de la etiquetamiento estigmatizante.

El análisis jurisprudencia demuestra que si se vulnera el derecho constitucional ne bis in ídem desde la perspectiva material de la valoración de los hechos ya sentenciados en ese sentido los principios constitucionales de legalidad, lesividad, proporcionalidad, culpabilidad y el principio de equidad y el principio de idoneidad.

El análisis de derecho comparado demuestra claramente que. El Tribunal Supremo de EEUU en 1983 en el Caso de Solem contra Helm estimó que una sentencia que condenaba a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional impuesta a un acusado por haber extendido un cheque sin fondos de 100 \$, y que previamente había cumplido condena seis veces por robo en tercer grado y otros delitos no violentos, era decididamente inconstitucional.

Constituye todo un desacierto académico que el TC analice el *ne bis in idem* función de aspectos estrictamente literales, no yendo más allá de esencia misma. Sin embargo, desde una interpretación teleológica advertimos una flagrante vulneración a este importantísimo principio del Derecho penal.

En lo concerniente al principio de culpabilidad, lo expuesto por el supremo Intérprete linda mucho, de lo que actualmente ha admitido como válido la doctrina mayoritaria, constituyendo su argumento del TC uno de aquellos que se encuentran en los viejos museos y que sólo nos sirve para advertir, cómo fue en un momento aquellas ideas que valoraban al inculpado o procesado.

Al pronunciarse el TC sobre el principio de proporcionalidad, este estima una ponderación entre Derechos fundamentales vs seguridad jurídica. En lo que respecta a este apartado, el TC se adhiere a aquellas doctrinas que pregonan mayores invasiones a los Derechos fundamentales. Algo que desde mi modesto punto de vista constituye todo un desacierto, pues la realidad nos muestra que el índice de criminalidad no tiende a disminuir.

En lo que respecta al criterio de la habitualidad, es más que sorprendente que los magistrados digan EXPRESAMENTE que para interpretar esta figura se deben alejar de la doctrina penal, máxime cuando este mismo considerando es un calco del argumento original expuesto por el TC español. Considero que al no hacer la cita respectiva, constituye un plagio lo aquí hecho por nuestro TC.

La aplicación de la reincidencia y habitualidad al ser figuras de aplicación facultativa por el juzgador (en algo acertó nuestro legislador), exhorto a que los mismos realizan un control difuso sobre estas figuras, optando por la *inaplicabilidad* de ellas. Tal y conforme se estipuló en el Pleno Jurisdiccional Regional de fecha 15 de Octubre de 2006⁵⁵. La ecuación muy alejada a lo que sostiene el TC- debería ser: A más delitos cometidos, menor culpabilidad del agente. Aquí se recomienda medidas terapéuticas de prevención.

Finalmente, se esperó mucho más de esta sentencia, la misma que debió estar sustentada y motivada en doctrina (nacional y extranjera) y jurisprudencia traída de otros Tribunales constitucionales extranjeros. Con toma de posturas a una u

otra teoría, lo cual hubiera sido suficiente para avalar una sentencia venida del supremo intérprete de la constitución peruana. Máxime cuando existe una presunción fortísima, que aquí contamos con lo más selecto de la intelectualidad constitucional. Claro, se acepta la prueba en contrario.

Considero que las modificaciones operadas en virtud de la Ley 30076, en especial las referidas a reincidencia y habitualidad, al tratamiento de las faltas, las que buscan limitar el acceso a beneficios penitenciarios o muchas otras que por razones de espacio no se han podido abordar en este breve comentario, se inscriben en un proceso de endurecimiento del sistema penal, el mismo que parte de una fe ciega en el derecho punitivo o en el empleo del derecho penal con fines simbólicos, demagógicos o coyunturales.

Como ya mencioné en otra ocasión, creo firmemente que los principios y derechos fundamentales tienen una notable importancia, pues más allá de sentar las bases mismas del Derecho Penal, blindan y arropan las libertades que sirven de fundamento a un Estado Social y democrático de Derecho En eso no se puede claudicar. Ni siquiera bajo el mendaz Pretexto de alcanzar mayores cotas de seguridad. Pues cuando el Estado deviene en arbitrario, nadie tiene asegurada su libertad. Como dijo Norberto Bobbio, no existen libertades pérdidas o conquistadas para siempre.

VI. Recomendaciones

De nuestras recomendaciones se desprende la obvia Inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley N° 28726, por lo que recomendamos su inmediata derogación.

Es necesario indicar que la falta de perspectiva, capacidad y racionalidad de nuestros legisladores al momento de expedir leyes deja mucho que desear, por lo que sería recomendable su urgente preparación en cuanto a lógica jurídica, consistencias entre normas legales y ciertos estudios mínimos a efectos de encontrarnos con leyes más coherentes que nos permitan evolucionar como Estado de Derecho y no lo contrario.

Al pronunciarse el TC sobre el principio de proporcionalidad, este estima una ponderación entre Derechos fundamentales vs seguridad jurídica. En lo que respecta a este apartado, el TC se adhiere a aquellas doctrinas que pregonan mayores invasiones a los Derechos fundamentales. Algo que desde mi modesto punto de vista constituye todo un desacierto, pues la realidad nos muestra que el índice de criminalidad no tiende a disminuir muy por el contrario se acelera su crecimiento

Es necesario Crear una Superintendencia de Identidad Criminal, donde estarían registrados todas las personas que cometieron delitos y faltas y que sería la entidad que proporcione datos confiables en tiempo real, tanto a la Policía Nacional Ministerio Público y Poder Judicial bajo responsabilidad.

VII. Referencias bibliográficas

- Allegra, G. (1928). *Dell'abitudine criminosa*. Milano.
- Antollsel, F. (1969). *Manuale di Diritto Penale, Milano*.
- Asua, A. (1982). *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles*. Bilbao: El siglo XIX.
- Baratta, A. (1975). *Criminología liberal e ideología del ladifesasociale, en la Questione Criminale*. Gennaio-Aprile.
- Barbaroux, C. (1987). *De la transportation. Aperçus législatifs, philosophiques et politiques sur la colonisation pénitentiaire* París. París.
- Baumann, J. (1997). *Strafrecht, Allg Teil, Bielefeld*.
- Belestá , S. (2001). *La reincidencia en la doctrina española actual”* . artículos Derecho Penal CARMIGNANI. Obtenido de <http://noticiasjuridicas.com/>
- Bergalli, R. (1980). *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*. Barcelona.
- Bramont , A. (2001). *Luis y Luis Bramont Arias-Torres. Código Penal anotado (4º ed.)*. Lima: San Marcos.
- Cabanellas, G. (s.f.). *Diccionario Jurídico Enciclopédico (27º ed.)*. Editorial Heliasta, Tomo V y VII.
- Carnot . (1836). *Commentaire sur le Code Penal*. París.
- Carrara, F. (1912). *Programmaecc, Firenze*.
- Código Penal de la República. (s.f.). Argentina. Obtenido de <http://www.jusneuquen.gov.ar>
- Código Penal Peruano . (1991).
- Cohen, S. (1972). *Sychological survival. The experience of long -term imprisonment*, Penguin Books.
- Constitución Política Del Perú . (1979).
- Constitución Política Del Perú . (1993).
- Crivellari, G. (1890). *Il Códice Penale per ilRegnod'Italia*. Torino.
- Dell'andro, R. (1950). *La recidiva nella teoría della norma penale*. Palermo.

- Ezaine, A. (1977). *Diccionario de Derecho Penal* (6º ed.). Chiclayo, Perú: Ediciones Jurídicas Lambayeque.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione*. Teoría del garantismo penale, Roma-Bari.
- Ferri, E. (1928). *Principa di DirittoCriminale*, Torino.
- Garzón , E. (1977). *Tratado de Derecho*. Buenos Aires, Argentina.
- Giovanni , E. (1979). *Elementos de Derecho Criminal*. Bogotá.
- Goffman, E. (1974). *Manicômios, prisóes y conventos*. Sao Paulo.
- Kaufmann, A. (1977). *Teoría de las normas*. Fundamentos de la dogmática penal moderna.
- Latagliata, A. (1958). *Contributoallostudiodella recidiva*. Napoli.
- Legislación Federal Mexicana. (s.f.). Obtenido de <http://info4.juridicas.unam.mx>
- Lemert, E. (1967). *Estructura social, control social y desviación, en Clinard, Anomia y conducta desviada*. Buenos Aires.
- Ley N° 28726. (2006). *Modifica Arts. 46, 48,55 DEL Código Penal* .
- Maier, J. (1999). *“Derecho Procesal Penal”*, Bs. As.
- Manzini, V. (1899). *La recidiva nella sociología, nellalegislazione e nellascienza del dirittopenale*, Firenze.
- Martínez de Zamora, A. (1971). *La Reincidencia*, Murcia.
- Pacheco, J. (1856). *El código penal concordado y anotado*. Madrid.
- Paterniti, C. (1985). *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, Padova.
- Roxín, C. (1989). *Artz Gunther y Klaus Tiedmann. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Ariel.
- Zaffaroni, E. (1992). *Raúl, «Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores.
- Zaffaroni, E. (2005). *Derecho penal: parte general, B de F* (7º ed.). Buenos Aires.

Anexos

Anexo A. Matriz de consistencia

Problema general	Problema específicas	Objetivo general	Objetivos específicos	Categorías	Metodología
¿En qué condiciones sera conveniente incorporar las figuras jurídicas de la reincidencia y habitualidad como presupuesto material de la pena privativa de la libertad a consecuencia de la ley 30076?	Problema específico 1 ¿En qué medida los jueces tendrán en cuenta la Reincidencia, y la Habitualidad como agravantes, para el mandato de prisión preventiva a consecuencia de la Ley N° 30076? Problema específico 2 ¿En qué condiciones y medidas se conceptúa y	Determinar las condiciones que harían conveniente la incorporación de las figuras jurídica de reincidencia y habitualidad delictiva, como presupuesto material como causas que eximan o atenúan responsabilidad Penal a consecuencia de la ley 30076, para que el juez pueda	Objetivo específico 1 Determinar en qué medida los jueces tendrán en cuenta la Reincidencia, y la Habitualidad como agravantes, para el mandato de prisión preventiva a consecuencia de la Ley N° 30076. Objetivo específico 2 Establecer en qué condiciones y medidas se conceptúa y fundamenta la Reincidencia y Habitualidad para el mandato de prisión preventiva como	Reincidencia	Diseño fenomenológico Técnica: observación No participativa Instrumento: entrevista
				Habitualidad	

	<p>fundamenta la Reincidencia y Habitualidad para el mandato de prisión preventiva como presupuesto material y agravantes consagrado en artículo 268°del CPP 2004?</p>	<p>dictar el mandato de pena privativa de la libertad.</p>	<p>presupuesto material y agravantes consagrado en artículo 268°del CPP 2004.</p>		
--	--	--	---	--	--

Anexo B. Formato de entrevista

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

Presentación

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

Inicio

Algunas preguntas:

1. ¿Se aplica la agravante de reincidencia y de la habitualidad en los procesos penales de Lima?
2. ¿se fundamenta y se aplicación bien la figura de la reincidencia en nuestros tribunales?
3. ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Defensores técnicos a la agravante de la reincidencia?
4. ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Fiscales a la agravante de la reincidencia o no lo toman en cuenta?
5. ¿la declaración de parte del imputado inmerso en una reincidencia debería considerarse como atenuante de su responsabilidad?
6. ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Fiscales a la agravante de la habitualidad o no lo toman en cuenta?
7. ¿Considera el fenómeno de la reincidencia como agravante de la responsabilidad penal?
8. ¿Considera Constitucional la aplicación de la habitualidad?

9. ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Defensores Técnicos a la agravante de la habitualidad o no lo toman en cuenta?
10. ¿La agravante de la habitualidad solo se debería aplicar para los procesos de Crimen Organizado?

Anexo C. Sentencia del pleno

SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De 19 de enero de 2007

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima c. Congreso de la República

Síntesis:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N.º 28726, Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46º, 48º, 55º, 440º y 444º del Código Penal, y el artículo 135º del Código Procesal Penal.

Magistrados firmantes:

LANDA ARROYO

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

MESÍA RAMÍREZ

Sumario

- I. Asunto
- II. Datos generales
- III. Normas cuestionadas
- III. Antecedentes
- IV. Materias constitucionalmente relevantes
- V. Fundamentos
- VI. Fallo

EXP. N° 0014-2006-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS

DEL CONO NORTE

DE LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de enero de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, del magistrado Vergara Gotelli, y el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Alva Orlandini

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N° 28726, que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso : Proceso de inconstitucionalidad.
Demandante : Decano del Ilustre Colegio de Abogados

Del Cono Norte de Lima.

Disposición sometida a control : Ley N° 28726.

Disposiciones constitucionales : Artículo 139°, inciso 3 de la Constitución.

Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad de todos los extremos de la Ley N° 28726, debiendo extenderse los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a la Ley N° 28730.

III. NORMAS CUESTIONADAS

LEY N° 28726 (ley que incorpora y modifica normas contenidas en Los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del código penal, y el artículo 135 del código procesal penal)

Artículo 1.- Incorpora incisos al artículo 46 del Código Penal, Incorpórense al artículo 46 del Código Penal los incisos 12 y 13, con el siguiente tenor:

12. La habitualidad del agente al delito.

13. La reincidencia.

Artículo 2.- Incorpora artículos al Código Penal

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

“Artículo 46-B.- Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, 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.

Artículo 46-C.- Habitualidad

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

Artículo 3.- Modifica los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal. Modifícase los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, de acuerdo a los textos siguientes:

Artículo 48.- Concurso ideal de delitos

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.

Artículo 55.- Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad. Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicada. La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia, prescriben a los dos años (...)

7. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado.

Artículo 444.- Hurto simple y daño

El que realiza cualquiera de las conductas previstas en los artículos 185 y 205, cuando la acción recae sobre un bien cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital, será reprimido con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas o con sesenta a ciento veinte días-multa, sin perjuicio de la obligación de restituir el bien sustraído o dañado.

La misma pena se impondrá si el agente realiza la conducta prevista en el primer párrafo del artículo 189-A, cuando la acción recae sobre ganado cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital”.

Artículo 4.- Modifica el artículo 135 del Código Procesal Penal.

Modificase el inciso 2) del artículo 135 del Código Procesal Penal, de acuerdo al texto siguiente:

“Artículo 135.-

(...)

2. Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito”.

III. ANTECEDENTES

A) Argumentos del demandante

a.1. Con fecha 8 de junio de 2006, don Jorge OgresSausa Cornejo, Decano del Ilustre Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, en representación de esta institución solicita que se declare la inconstitucionalidad del texto íntegro de la Ley 28726 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de mayo de 2006), que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal, al incorporar inconstitucionalmente mediante sus cuatro artículos las figuras de reincidencia y habitualidad al Código Penal y al Código Procesal Penal, debiendo extenderse esta declaración de inconstitucionalidad a la Ley N.º 28730 –que modifica el artículo VIII del Título Preliminar, los artículos 50 y 51 del Código Penal y adiciona un párrafo a su artículo 69–.

a.2. Alega que la mencionada ley al incorporar institutos procesales como la reincidencia y la habitualidad a efectos de la determinación de la pena, transgrede el derecho constitucional al debido proceso, por cuanto para determinar la pena en un proceso a un reincidente o un habitual, la aumenta tomando en consideración hechos por los cuales ya se recibió una pena, lo que atenta contra el principio *ne bis in ídem*.

B) Argumentos del demandado

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

Sostiene que al haberse modificado el artículo 46º, que se refiere al momento de la determinación de la pena, se ha puesto en cuestionamiento la dimensión material del principio *ne bis in ídem*, para verificar si existe una doble sanción en el supuesto en que el juez tenga en consideración “la habitualidad del agente del delito” y la “reincidencia”; que, en consecuencia, sólo podrá hablarse de reincidencia o de habitualidad partiendo de la comisión de un “nuevo delito

doloso”, lo que quiere decir que la pena a imponerse no está dirigida a sancionar a alguien “por un delito por el cual ya ha sido sancionado o absuelto”; y que el Estado está ejerciendo su función punitiva sobre ese nuevo delito doloso que ha cometido el agente, lo cual no representa una nueva sanción. Agrega que tampoco se puede afirmar que existe una vulneración del principio del *ne bis in idem* en su versión procesal, pues no existe un doble juzgamiento del primer delito cometido por el que ya se fue condenado, en caso de reincidencia, ni frente a un doble juzgamiento de los anteriores delitos en el caso de habitualidad en el delito, ya que lo que se juzga es un “nuevo delito doloso”, cuya comisión hace que, según los antecedentes del agente, se configure la reincidencia o la habitualidad, que solo constituyen circunstancias agravantes.

Respecto al derecho constitucional a la igualdad, en el que la parte demandante cuestiona las modificaciones que la Ley N° 28726 introduce a los artículos 46°, y 440°, incisos 5 y 7 del Código Penal, así como al artículo 135° del Código Procesal Penal, argumenta que el solo hecho de que se produzca un tratamiento diferente por causas objetivas y razonables, como cuando se produce la reincidencia y la habitualidad, no supone un atentado a la igualdad ante la ley o, dicho de otro modo, una intervención en la prohibición de discriminación; que en el deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos se encuentra incluido el deber de sancionar; y que la posibilidad de que el Estado, a través de su órgano jurisdiccional, sancione con más severidad la frecuencia en la comisión de los delitos dolosos, constituye un medio conducente a lograr que el Estado cumpla con su deber primordial, que es “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y, a la vez, desterrar la impunidad, que a su vez se traduce en la obligación del Estado de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.

Asimismo, en cuanto a la violación del derecho de presunción de inocencia, aduce que tanto la reincidencia como la habitualidad habrán de incidir al momento de la determinación de la pena, es decir, al momento en que ya se ha probado la culpabilidad del procesado, con lo que queda desvirtuada la presunción de inocencia al haberse producido la prueba en contrario; y que sólo se puede hablar

de reincidencia y habitualidad partiendo del supuesto que se ha cometido un “nuevo delito doloso”, lo cual implica que anteriormente se ha cometido por lo menos un delito doloso”.

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

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado considera que el esclarecimiento de la controversia de autos requerirá:

- a) Delimitar el análisis de la temática desde la perspectiva del derecho penal y la Constitución.
- b) Determinar cuáles son los fines que la pena cumple en un Estado social y democrático de derecho.
- c) Analizar la noción de reincidencia y habitualidad y sus alcances en el ordenamiento jurídico del Perú.
- d) Analizar la reincidencia y el principio del *ne bis in ídem*.
- e) Analizar la reincidencia y el principio de culpabilidad.
- f) Analizar la reincidencia y el principio de proporcionalidad.
- g) Analizar la inconstitucionalidad de la habitualidad.

V. FUNDAMENTOS

Constitución y derecho penal

1. Previamente este Colegiado estima oportuno efectuar algunas precisiones. En primer lugar, el análisis de las instituciones jurídicas que realiza el Tribunal Constitucional es un desarrollo que, necesariamente, debe tener su punto de partida en la propia Constitución; y ello porque es la Ley Fundamental, en los actuales Estados constitucionales democráticos, la que establece los principios fundamentales tanto del derecho público como del derecho privado. En segundo lugar, en la medida que la Constitución es una norma jurídico-política y manifestación suprema del ordenamiento jurídico, en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho, y lo que PellegrinoRossi denomina *les têtes de chapitres*^[1].
2. En tal sentido, se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones jurídicas fundamentales de la dogmática penal está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, se encuentra, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación directa con la política criminal^[2]. De ahí que, en último término, las bases del derecho penal y de todas las demás ramas del Derecho, en general, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático.
3. La influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal se concretiza en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, porque el Tribunal no se limita a analizar y aplicar, sin más, las instituciones “propias” del derecho penal y *desde* el derecho penal, sino que también determina el contenido, a través de su interpretación y sus sentencias, de las instituciones penales, haciéndolas conformes, de manera concreta o abstracta, con la Constitución. Es a través de la interpretación y la argumentación constitucionales que el Tribunal contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal.

Constitución y “derecho penal del enemigo”

4. En sentencia anterior (STC 0003-2005-PI/TC, fundamentos 16-17), este Colegiado ha precisado que “(...) la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su *status* en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación”.
5. Prosigue: “Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco, en modo alguno, que el derecho penal constitucional se convierta en un derecho penal “simbólico”, sino que debe responder severa y eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger, de conformidad con el artículo 44º de la Constitución– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”

Fines constitucionales de la pena

6. Este Tribunal (STC 0019-2005-PI/TC, fundamentos 30-33), se ha referido a las diversas teorías en torno a la finalidad de la pena. Así, de acuerdo con la *teoría de la retribución absoluta*, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda su virtualidad en la generación de un mal al delincuente; de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de

algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”. Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución, conforme al cual “[l]a defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

7. De otro lado, la *teoría de la prevención especial*—también denominada teoría de la retribución relativa— centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el artículo 139º inciso 22 de la Constitución, cuando señala que “[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) [e]l principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.
8. Por su parte, la *teoría de la prevención general* circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal. Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la

comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio.

9. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito. Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin los resume diciendo que "(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho´ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado"^[3].
10. Finalmente, las *teorías de la unión* sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.
11. Ahora bien, desde una perspectiva constitucional la delimitación de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (*principio de lesividad*). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental. "Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos

los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la Norma Fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional”^[4]

12. En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un margen razonablemente amplio para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.
13. Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; por consiguiente, serán el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

14. Es dentro de este marco constitucional que el Tribunal Constitucional debe emprender el control constitucional de las disposiciones impugnadas en su constitucionalidad, referidos a las instituciones de la reincidencia y de la habitualidad.

Análisis de constitucionalidad de la Ley N° 28726 que incorpora la reincidencia y la habitualidad

15. El análisis de la Ley N ° 28726, que incorpora la reincidencia y la habitualidad como criterios para la determinación de la pena operando como agravantes genéricos, comportará determinar su correspondencia o contradicción con el principio constitucional del *ne bis in ídem*. Ello en razón de que constituye el cuestionamiento principal enarbolado por el demandante. Este cometido se abordará constitucionalmente, para lo cual habrá de determinarse la noción de reincidencia y habitualidad, los alcances de sus configuraciones en el ordenamiento jurídico nacional y el análisis de su incidencia en cada uno de los intereses constitucionales que pudieran ser vulnerados. Esto permitirá conocer aquellas aristas que guarden arreglo constitucional y aquellas que no lo hagan.
16. Por tanto, en el presente caso no cabe fundar el análisis de la ley reputada como inconstitucional en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por el Derecho; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que la ley en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el texto constitucional explícita o implícitamente. Resulta así que para resolver la duda sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada han de obviarse la mayor o menor solidez de construcciones jurídico dogmáticas, pues su utilización como parámetro supondría tanto como tomar indebidamente partido por una determinada postura doctrinal acerca de la naturaleza y la *ratio* de las instituciones de la reincidencia y la habitualidad, postura que, aun pudiendo ser compatible con los mandatos constitucionales, no es la única posible en relación con ellos.

La noción de reincidencia y habitualidad y sus alcances en el ordenamiento jurídico del Perú

17. En primer término, la reincidencia constituye una circunstancia específica en que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de sus conductas anteriores, con miras a determinar la graduación de las penas. Por ello, se ha señalado que: “(...) la reincidencia se ocupa de los problemas de las disposiciones legales que habilitan mayor poder punitivo en razón de que la persona, con anterioridad, haya sido condenada o sufrido pena por otro”^[5]. Así, la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o (2) cuando se ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley.
18. Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el *nomen iuris* que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de la sanciones: una sanción por la comisión *per se* del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona.

La reincidencia y el principio ne bis in ídem

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

20. En la referida sentencia se sostuvo que el principio *ne bis in ídem* ostenta una doble configuración: una de carácter material y otra de carácter sustantivo. La primera de ellas alude a la proscripción de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones respecto a un mismo hecho o conducta sancionable; mientras que la segunda alude a la prohibición de que se una persona sea objeto de dos procesos distintos respecto a un mismo hecho. Siendo que la reincidencia prevé la posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, corresponde centrar la atención en la primera configuración del principio materia de este apartado; esto es, la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho. Este Tribunal la ha desarrollado en el fundamento 3.a de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2050-2002-AA/TC antes mencionada, en los siguientes términos:

21. En su formulación material, el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que

una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

22. El principio del *ne bis in ídem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos –como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, fundamento 6– a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.
23. Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in ídem*. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.
24. El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración– no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto

delictivo perpetrado en un segundo momento- no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*.

La reincidencia y el principio de culpabilidad

25. El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado.
26. El principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos; así: “[e]n términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido”^[6].
27. Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. Pero esto no puede llevar a identificar o confundir una con

otra, pues de lo contrario se estaría entrando al terreno del principio *ne bis in idem*, que se refiere al tema de la sanción. La reprobación es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la pena es un acto estatal sancionatorio.

28. El principio que se comenta no está expresamente recogido en el texto de la Constitución. Sin embargo, su existencia se desprende de otros principios sí consagrados. El primero de ellos es el principio de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal “d” del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución. Su texto es el siguiente: “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible”.
29. Este Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0010-2002-AI/TC (fundamento 44 *et pássim*) algunos de los alcances de este principio. Uno de ellos es el mandato de determinación legal del delito, por el cual éste debe ser claramente determinado por ley, de modo expreso e inequívoco (*lex certa*), evitando la promulgación de leyes que contemplen tipos penales con características poco definidas o abiertas, pudiendo existir un margen limitado de indeterminación como consecuencia de la propia naturaleza del lenguaje.
30. De lo vertido se desprende que –tipificado previa y claramente el delito y cometido éste- el Estado se encuentra legitimado y limitado para sancionar únicamente la conducta en que consiste el delito y no otra circunstancia adicional; es decir, resultan susceptibles de sanción sólo aquellos comportamientos que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal. El principio de legalidad penal, entonces, restringe la actuación del Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el análisis de cualquier otra conducta que no se halle expresamente plasmada en la norma penal.
31. Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprobable al sujeto que lo realiza. En este aspecto se aprecia la convergencia entre el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad anteriormente descrito, que consiste en la

calificación de reprobable que debe recaer sobre cierta conducta humana y su consecuente tipificación, para poder ser objeto de punición estatal. Por ello, al consagrarse expresamente el principio de legalidad, de modo implícito queda a su vez consagrado el principio de culpabilidad.

32. El segundo principio del que se deriva el principio de culpabilidad en el ordenamiento constitucional es el principio de proporcionalidad de las penas. Este Tribunal se ha expresado anteriormente sobre el tema en la sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, (fundamento 138 *et pássim*) señalando que el principio de proporcionalidad de las penas ha sido constitucionalizado en el artículo 200° de la Constitución, en su último párrafo. Este principio tiene implicancias en las diversas etapas del proceso dirigido a la imposición de una sanción penal, como son la determinación legal de la pena, la determinación judicial o, si corresponde, la determinación administrativa penitenciaria de la pena.
33. Dentro de ellos, el contexto relevante para efectos del cuestionamiento hecho por el accionante es el de determinación de la pena, es decir, el momento en que el legislador genera una norma que establece un tipo penal y le impone un cierto tipo de sanción. En este escenario, el principio de proporcionalidad de las penas es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por ley.
34. Este principio ha sido descrito en la aludida sentencia (fundamentos 197 y 198) en el sentido que, en la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de derecho, éste no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que, al momento de establecer las penas, éstas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador determinar, junto con los bienes penalmente

protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo.

35. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites que establece la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución. En tal sentido, el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicable a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprochable resulte el acto respecto a la persona responsable.
36. De este modo, el principio de culpabilidad guarda estrecha relación con los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas, derivándose aquél de estos. En tal sentido, la constitucionalización de los últimos permite afirmar que el principio de culpabilidad se encuentra constitucionalizado y que es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico. Corresponde, ahora, establecer si la reincidencia como factor a considerar para establecer la determinación de la pena vulnera el principio de culpabilidad.
37. Ha sido señalado que la reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona,

allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado. El principio de culpabilidad clásico previsto para delitos comunes exige que el grado de reprobación de una persona por un acto ilícito sea configurado desde la valoración de tal acto y no de otro. En virtud de este principio, el límite para saber qué conductas deben evaluarse y cuáles no, lo establece el propio tipo penal que subsuma la conducta. Esto acarrea la proscripción de evaluar circunstancias ajenas a la conducta descrita en el tipo penal, como podrían ser otros delitos anteriormente perpetrados.

38. Pero el principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito "A", la figura de la reincidencia faculta al juez para evaluar otros delitos anteriormente cometidos, a los que llamaremos "B", para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe "B", esto constituirá un elemento que agravará la reprobabilidad del delito "A", y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel una reprobación mucho mayor que la que le correspondería si se considerase el delito "A" de modo aislado.
39. Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2º, inciso 24, literal "f", 37º, 140º y 173º de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del 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.

La reincidencia y el principio de proporcionalidad

40. El Tribunal Constitucional considera conveniente determinar si la intervención del legislador, al incorporar la reincidencia como agravante genérica en el Código Penal, ha respetado o no el principio de proporcionalidad, lo que a continuación será objeto de análisis.

41. Es evidente que los comportamientos de las personas que se tipifiquen como delitos y el establecimiento de la pena que corresponda a ellos, constituirá una intervención en los derechos fundamentales por parte del legislador, por cuanto la Constitución reconoce, por un lado, el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2º, inciso 24) el cual se concreta también en el hecho de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esto no significa, sin embargo, que las intervenciones del legislador o las restricciones que recaigan en los derechos fundamentales sean ilimitadas o absolutamente abiertas, sino, por el contrario, que estas deben ser plenamente justificadas –proporcionales– respecto a la protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes o valores constitucionales.
42. Siendo ello así, se debe aplicar en el control constitucional de los artículos modificados por la Ley N° 28726 el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso, a fin de determinar la legitimidad constitucional de la disposición antes aludida. En primer lugar, se debe efectuar el análisis a la luz del principio de idoneidad. Este subprincipio exige que la ley penal, dado que interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo; lo cual exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.
43. A juicio de este Tribunal, los artículos modificados cumplen con el subprincipio de idoneidad. En efecto, el legislador ha previsto, a través de tal disposición, un objetivo constitucionalmente legítimo si se considera que son deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, de acuerdo con el artículo 44º de la Constitución. Asimismo, es claro que existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido.

44. En segundo lugar, el subprincipio de necesidad impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado. Desde esta perspectiva, cabe evaluar si es que el legislador debió advertir la existencia de otras alternativas igual de idóneas pero menos gravosas que las introducidas en la Ley N° 28726. Este Tribunal estima la inexistencia de otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura penal de la reincidencia y habitualidad en el delito, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad– como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger.
45. En tercer lugar, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Este Tribunal advierte que la Ley N° 28726 cumple también con este subprincipio. Y es que así como el Estado constitucional de Derecho tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el de terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros.
46. En ese sentido, cabe señalar que “[d]os aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su ‘nocividad social’). (...) un Derecho penal

democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de 'nocividad social' del ataque al bien jurídico"^[7].

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

Sobre la supuesta inconstitucionalidad de la habitualidad

48. En el derecho penal se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos. En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempos diversos e independientes unos de otros. En esa misma sede se han formulado determinadas críticas a la habitualidad, por entender que ésta no puede ser explicada en cuanto hecho antijurídico que se materializa repetidamente a través del tiempo, sino a partir de una justificación psicológica atendiendo a que el delincuente habitual, al manifestar una proclividad al delito, revela una personalidad de naturaleza patológica expuesta en una conducta antisocial, renuente a internalizar los mandatos legales y a actuar en virtud de ese conocimiento normativo.
49. Otras objeciones que se han formulado es que representa una característica propia del autor, que incide en su modo de vida, sin que esto signifique la existencia de un hábito en relación a un delito en particular o un conjunto de delitos, sino una propensión al delito en general, en la que basta que varios ilícitos independientes entre sí puedan ser atribuidos a un solo autor en un determinado periodo. En términos conceptuales se sostiene que la

habitualidad encarna una reminiscencia a un derecho penal de autor, donde la valoración jurídico-penal trasciende el hecho como aspecto nuclear de la imputación, y se traslada a un hombre delincuente (*uomodelinquente*), penetrando en la esfera profunda de su personalidad y enjuiciando negativamente su conducción de vida en sociedad, al tratarse de un sujeto que revela significativa “peligrosidad” para los intereses sociales comunitarios.

50. De hecho, el Tribunal Constitucional no desconoce estas críticas de un sector de la doctrina penal en contra de una institución jurídico-penal como la habitualidad. Sin embargo, es claro que el examen constitucional de la habitualidad pasa por que este Tribunal precise previamente que el control constitucional abstracto de las leyes no se realiza en función de las construcciones doctrinarias realizadas en materia penal sobre la habitualidad, sino en función del conjunto de derechos, principios y valores que incorpora nuestra Constitución. De modo tal que el parámetro de validez constitucional de la ley impugnada al cual el Tribunal debe recurrir es la propia Norma Fundamental y no la doctrina penal, por muy autorizada que esta sea.

51. Precisado ello, el demandante sostiene (fojas 3) que

la norma materia de inconstitucionalidad 28726 es espuria y bastarda e inconcebible en un sistema penal garantista en el cual no se puede legislar en función a un derecho penal de autor, vulnerador de los principios contenidos en el Título Preliminar del propio código penal que establece los principios de lesividad y proporcionalidad. Todo ello provoca un trato desigualitario y discriminatorio dentro de un proceso penal entre los procesados que delinquen por primera vez y de los que ya han delinquido atentando contra el principio de resocialización como límites a la potestad sancionadora del Estado.

52. El Tribunal Constitucional disiente del argumento del demandante porque, en primer lugar, no es el Código Penal el parámetro de validez constitucional sino la Ley Fundamental, por más que aquél incorpore determinados principios jurídicos. En segundo lugar porque, a juicio de este Colegiado, la habitualidad no necesariamente supone que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la

personalidad del autor, castigando con una mayor pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos. Y es que no debe olvidarse que la reeducación, la reincorporación y la resocialización, previstas en el artículo 139º, inciso 22, no son los únicos fines de la pena, como se ha señalado en el fundamento 13 de la presente sentencia, sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos, tal como manda el artículo 44º de la Constitución.

53. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el legislador, a quien le corresponde definir la política de persecución criminal del Estado, tiene un margen de razonabilidad para ello, pero con límites como los derechos fundamentales de las personas; límites que, por lo demás, este Colegiado no estima sobrepasados por las leyes ahora impugnadas. Lo que no obsta, como es obvio, para que los jueces penales, al momento de considerar la habitualidad como una agravante de la pena, motiven suficiente y objetivamente sus decisiones jurisdiccionales, respetando siempre las garantías procesales y sustantivas que se derivan del derecho fundamental al debido proceso, tal como dispone el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

MESÍA RAMÍREZ

EXP. N.º 0014-2006-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS

DEL CONO NORTE

DE LIMA

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO

VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia por los fundamentos siguientes:

1. Corresponde al Tribunal Constitucional conocer en instancia única la demanda de inconstitucionalidad que cuestiona la Ley N.º 28726, "*Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal*". Esta ley incorpora la habitualidad y la reincidencia en materia penal y disminuye el presupuesto procesal para la detención provisional de tres a un año.
2. La demanda en mención interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima fue admitida a trámite por este colegiado según resolución de fecha 06 de octubre del 2,006, en la que obviamente se admiten como válidos los argumentos del actor que dicen del cumplimiento de las exigencias de concurrencia de los correspondientes presupuestos procesales y condiciones de la acción. Si bien en la aludida resolución intervine admitiendo a trámite la referida demanda por considerar que el Colegio de Abogados demandante

tenía la legitimidad para obrar activa extraordinaria, luego de un exhaustivo análisis he llegado a la conclusión que dicha cualidad no le asiste para cuestionar todo tipo de ley en todos los casos, por las razones que a continuación fundamento.

3. Se afirma que el derecho procesal constitucional es la fusión del derecho constitucional con el derecho procesal, *“...sin embargo, aunque comparte de los principios y estructura de dos ramas tradicionales y ampliamente consolidadas, como son el derecho procesal y el derecho constitucional, existen en la actualidad parámetros para pensar en la autonomía científica del Derecho Procesal Constitucional...”* y es que *“(...) los primeros cimientos del derecho procesal constitucional según se ha mencionado fueron aportados por Kelsen y posteriormente por otros connotados procesalistas como Piero Calamandrei, Eduardo J. Couture y Mauro Cappelletti –que desde perspectivas diferentes se acercaron al Derecho Constitucional- no fue sino los aportes de HectorFix Zamudio, cuando, a partir de la publicación de sus primeros ensayos en el año 1956, la disciplina empieza a adquirir verdadero contenido sistemático partiendo de los principios del procesalismo científico, a luz del derecho comparado y de sus reflexiones sobre la defensa procesal de la constitución (...)...”(Derecho Procesal Constitucional Peruano, Domingo García Belaunde, Pags. 65 y 66).*

Es decir, a partir del entrecruzamiento del derecho constitucional con el derecho procesal algunos con abrumadora euforia consideran que el derecho procesal constitucional viene a constituir una creación novedosa, autónoma como ajena a ambos derechos, el material o sustantivo y el formal o procesal (instrumental), que encontramos en la propia Constitución, sin advertir como lo dice Juan Monroy Gálvez que la Constitución está conformada, en sus aspectos fundamentales, por normas instrumentales. Queremos decir así que el proceso constitucional es tributario del derecho procesal en general, participando de sus instituciones que recogidas dentro de nuestro derecho positivo interno en el Código Procesal Civil, constituye normatividad supletoria e integradora como expresamente lo reconoce el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

4. El Proceso en general y en abstracto constituye un todo sostenido por la ciencia procesal basada en principios que le dan al proceso coherencia y racionalidad. De allí que Eduardo J. Couture expresa “...*Toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal; y ese principio es, en si mismo un partido tomado, una elección entre varios análogos que el legislador hace, para asegurar la realización de la justicia que enuncia la Constitución...*” (Estudios de Derecho Procesal T III, pág. 51). Agregan a su turno Jorge W. Peyrano y Julio O. Chiappini “...*La condensación metodológica y sistemática de los principios constitucionales del proceso recibe el nombre de derecho procesal constitucional. No se trata de una rama autónoma del derecho procesal sino una cierta posición científica, de un punto de vista metodológico y sistemático desde el cual se puede examinar el proceso en sus relaciones con la Constitución...*” (Estrategia Procesal Civil, pág. 203).

5. Volviendo al tema de la inconstitucionalidad demandada y estando a lo precedentemente considerado es preciso analizar la especialidad requerida en el numeral 7 del artículo 203 de la vigente Constitución Política del Perú para poder apreciar que estamos en un caso de legitimidad para obrar activa extraordinariamente contemplada por la citada norma constitucional, pudiéndose por ello distinguir en el proceso ordinario la existencia de dos clases de legitimidad para obrar activa: La ordinaria, otorgado en general a todo justiciable y la extraordinaria otorgada por la ley a personas expresamente determinadas por ésta; en cambio tratándose del proceso constitucional, la legitimidad para obrar activa a que se refiere el referido artículo 203 de la Constitución es, no cabe duda, la legitimidad extraordinaria a que hacemos referencia y por tanto quienes la ejercitan con la correspondiente demanda tienen que ser sólo y necesariamente las personas que el texto de la ley señala a exclusividad. En este caso debemos subrayar que estamos reafirmando que dicha extraordinaria legitimidad del citado artículo constitucional nace, mas allá que de la ley, de la propia Constitución Política del Estado. Y si esto es así significa entonces que si la demanda constituye el ejercicio del derecho de acción para requerirle al propio Estado la expulsión de

una norma con categoría de ley, solo puede hacerlo quien o quienes específica y expresamente están autorizados por la norma, lo que entraña la imposibilidad de llegar a una sentencia de mérito si la demanda ha sido interpuesta por persona no autorizada, aun cuando dicha demanda por error haya sido admitida a trámite. Decía Chiovenda que no puede dictarse una sentencia sobre el tema de fondo propuesto cuando ésta llevaría a una imposible ejecución; en el presente caso creo yo que la falta de legitimidad activa entraña la ausencia de interés en el demandante para exigir lo que la ley le tiene reservado a otras personas con exclusividad. Si por el “*nemojudex sine actore*” exigimos la formulación necesaria de una demanda para que pueda existir proceso, el “*sine actione agere*”, vale decir la falta de acción en el demandante, o la ausencia de titularidad en cuanto a la pretensión constituye un condicionamiento para que solo el señalado extraordinariamente con dicha titularidad por la ley sea quien puede presentar la demanda y ninguna otra persona. Omar Cairo Roldán en su obra “*Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*” señala en la página 65, en lo referente a la legitimidad para obrar activa extraordinaria, lo siguiente: “*...El derecho de acción es la atribución de todo sujeto de derecho para pedir al Estado que resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre ambas con relevancia jurídica. El Estado, en consecuencia, tiene el deber de brindar tutela jurisdiccional a todo sujeto que ejerza el derecho de acción mediante el acto procesal llamado demanda. Sin embargo, esta tutela solo podrá consistir en un fallo válido sobre el fondo cuando en la demanda esté presente, además de otros elementos, la legitimidad para obrar...*”.

Es en razón de esta imposibilidad de llegar a un pronunciamiento de mérito, aun cuando la demanda de inconstitucionalidad en el presente caso haya sido admitida a trámite, irregularmente, que procede como expresión de salvamento la declaración invalidatoria de oficio, recurriendo a la aplicación supletoria del artículo 121 del Código Procesal Civil en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que prevé la integración a que hacemos referencia. Esta es la denominada en la doctrina sentencia inhibitoria que obliga al Juez, por excepción, no obstante haber

aplicado el saneamiento procesal que prohíbe la vuelta a la discusión sobre la temática de la validez de la relación procesal, a un pronunciamiento inhibitorio para anular todo o parte de lo actuado por no poder decir en su decisión el derecho que corresponde desde que la demanda merece la calificación de improponible. Y esto, repetimos, se da ante la imposibilidad de una decisión de mérito porque sería ésta inejecutable. Precisamente este Tribunal en el Exp. N.º 10168-2006-PA, evacuó la sentencia de 7 de marzo del año en curso en cuyo fundamento 3, dijo “... *la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República... se ha pronunciado a favor de la nulidad de oficio... conforme al artículo 121 del Código Procesal Civil... todo Juez, incluyendo los de la Corte Suprema, tiene competencia para pronunciarse mediante decisión debidamente motivada, sea declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal. En igual sentido el artículo 176 del mismo cuerpo normativo establece la facultad de los Jueces, incluidos los de la Corte Suprema, para pronunciarse de oficio respecto de las nulidades insubsanables...*”. En el presente caso, afirmamos que la demanda de inconstitucionalidad debió ser rechazada in limine por no corresponderle al Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima la legitimidad para obrar activa que extraordinariamente contempla el artículo 203 de la Constitución Política del Estado por ausencia de la especialidad a la que se refiere el numeral 7º del dispositivo constitucional citado.

6. En este tema de la legitimidad para obrar extraordinaria en razones de especialidad, señala Osvaldo Alfredo Gozaíni en cuanto al necesario interés de los Colegios Profesionales para poderse considerar titulares de la legitimidad extraordinaria activa, a fojas 135 – 136 de su obra “Los problemas de Legitimación en los Procesos Constitucionales”, que “...*Una modalidad de ellos aunque con matices que lo singularizan son los intereses de categoría (también llamados profesionales) que se encuentran y determinan fácilmente por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (por ejemplo, Médicos, Abogados, Escribanos, Ingenieros, Arquitectos, etc.). Almagro los analiza como intereses sociales (variante de los difusos), con la peculiaridad que cuando actúan, la tutela individual parece heroica ante el*

poderío del problema que enfrenta, siendo preferible esta acción del grupo para fortalecer la consecución de los fines de interés sectorial...”.

7. De lo que acabamos de exponer queda claro que la legitimidad procesal o para obrar es la identificación que exige que quienes están en el proceso y actúan en él como parte tienen que ser las personas que conformaron la relación sustantiva o material subyacente, todo esto visto desde luego desde un orden que podríamos calificar de normal, lo que significa también que extraordinariamente la ley pueda otorgarle legitimidad para obrar activa a personas distintas a las que formaron parte de esta relación sustantiva. Significa entonces que la legitimidad procesal activa extraordinaria necesariamente nace de la ley y aleja la posibilidad de llevar al proceso a las personas que ordinariamente pueden hacer actividad procesal satisfaciendo las exigencias de la legitimidad procesal ordinaria, es decir cualquier justiciable que considera la necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional en requerimiento de tutela jurídica, persona que por tanto como lo señalara Peyrano le permite a cualquiera demandar a cualquiera, por cualquier cosa y con cualquier grado de razón, incluso hasta sin ella extremadamente, lo que significaría y significa que hay demandas que inician un proceso pero que en la sentencia tendrán que ser rechazadas por infundadas. Pero recalcamos que cuando la legitimidad para obrar activa es extraordinaria, necesariamente nace de la ley y por tanto solo pueden ejercitar el derecho de acción quienes están llamados como demandantes por la propia disposición de la ley. Esta exclusividad que encierra la aludida legitimidad extraordinaria nace de la propia Constitución Política en el caso de autos. Hemos dicho concretamente por tanto que cuando la legitimación extraordinaria la ejercitan personas no llamadas para este encargo, el Juez que admite la demanda se descalifica para una decisión de fondo al momento de sentenciar.

8. El artículo 203 de la Constitución Política del Perú establece que:

“...están facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República;

2. El Fiscal de la Nación;
3. El Defensor del Pueblo;
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado;
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad...”

Es evidente que la Constitución ha establecido quiénes tienen la legitimidad para obrar activa extraordinaria como condición de la acción de inconstitucionalidad, siendo el artículo citado excluyente y específico. El inciso 7) del artículo 203º de la carta magna agrega, como novedad frente a las Constituciones ya derogadas, la legitimidad a los Colegios de Profesionales, estableciendo, como límite, que éstos están legitimados para demandar sólo y exclusivamente en lo que concierne a su especialidad. ¿Y cuál es la especialidad de los Colegios Profesionales?. Específicamente tenemos que precisar cual es la especialidad de los Colegios de Abogados como instituciones en atención a sus fines e intereses corporativos, distintos de los intereses que puedan abrigar los Abogados que conforman la institución por tratarse de personas naturales distintas a la persona jurídica que los integra.

9. Los Colegios Profesionales, de acuerdo con nuestra Constitución, se definen como instituciones autónomas de Derecho Público Interno, lo que quiere decir que su creación, a diferencia de las asociaciones y sindicatos, está sujeta a la decisión del legislador a través de una ley. La obligatoriedad de la colegiación está ineludiblemente vinculada con el ejercicio de una profesión determinada; esta

imbricación justifica su previsión constitucional. La Constitución, además de definir la naturaleza jurídica de estas instituciones corporativas también les reconoce un aspecto importante como es el de su autonomía. No obstante, la autonomía reconocida a estas instituciones no puede significar ni puede derivar en una autarquía; de ahí que sea importante poner en relieve que la legitimidad de los Colegios Profesionales será posible solo y en la medida que su actuación se realice dentro del marco establecido por nuestro ordenamiento constitucional. En dicho sentido la especialidad está referida al ámbito en que se desarrolla cada Colegio Profesional, así como a sus aspectos gremial, administrativo, ejercicio profesional de los agremiados, etc., lo que quiere decir que cuando dicho artículo los legitima para interponer una demanda de inconstitucionalidad lo hace en razón de que la ley que se cuestiona puede afectar el ámbito en el que se desarrolla como ente social, debiendo especificar con claridad en cada caso el grado de afectación que le causa la vigencia de determinada ley. Un ejemplo de ello es la demanda de inconstitucionalidad recaída en el expediente 0027 – 2005 – AI, interpuesta por el Colegio de Periodistas del Perú contra la Ley N° 26937, expedida por el Congreso de la República, que establece la no obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio profesional del periodismo. En este caso se evidencia que la norma impugnada está directamente vinculada con la agremiación de los profesionales especializados en periodismo (legitimidad activa extraordinaria). En casos contrarios el Tribunal Constitucional declaró improcedente demandas de inconstitucionalidad por falta de legitimidad para obrar extraordinaria activa del Colegio demandante. Así por excepción tenemos que la decisión recaída en el Exp. N.º 0005-2005-AI/TC, en el que el Colegio de Abogados de Ica demandó la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28427, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005, resolución en la que sostuvo que *“...debe descartarse el sentido interpretativo según el cual estos colegios podrían interponer acciones de inconstitucionalidad contra toda ley o disposición con rango de ley. En efecto, si bien los Colegios de Abogados agremian a profesionales en Derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentren vigentes en nuestro ordenamiento jurídico...”*. Ese mismo criterio sirvió de fundamento para rechazar las demandas de inconstitucionalidad

recaídas en los expedientes: 006-2005-AI, 011-2005-AI, 018-2005-AI, 009-2006-AI/TC, entre otras.

10. Para el caso de los Colegios de Abogados debemos tener en cuenta que la Real Academia Española ha definido al Abogado como el licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en todo proceso judicial como labor mayormente recurrida, siendo el Colegio de Abogados la institución de derecho público interno con autonomía suficiente que reúne a estos profesionales para la defensa del gremio en todos los temas referidos al libre ejercicio de la abogacía, correspondiéndole institucionalmente no sólo la defensa gremial sino el control que la sociedad le encomienda de la conducta de los colegiados para lo que al crearse se fijan estatutariamente facultades de gobierno y de legislación interna como administrativa, verbigracia de disciplina, con lo que se quiere decir que el referido Colegio no es especialista en leyes. Consecuentemente al no tener dicha especialidad específica no puede indiscriminadamente cuestionar todas o cualquiera ley que da el Congreso de la República. Entonces los Colegios de Abogados carecen de legitimidad para demandar indiscriminadamente la inconstitucionalidad de cualquier ley, como en algunos casos suelen pretender. Esto explica que el numeral 7º del citado artículo 203º de nuestra Constitución, tratándose de los Colegios Profesionales de Abogados, que existen en todo el territorio nacional, en número aproximado de 28, distinga la legitimación activa a solo en razón de la "**materia de su especialidad**", lo que nos obliga al rechazo – que puede ser liminar - cuando la ley acusada de inconstitucionalidad por el Colegio de Abogados demandante no constituye tema de su especialidad. Si bien los Colegios de Abogados agremian profesionales en derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, sino solamente aquellas que regulen materias propias de cada una de estas agrupaciones de profesionales; esto quiere decir que si alguna ley atenta, delimita o contraviene el ejercicio, autonomía, agremiación, etc. de éstos, podrán cuestionarla puesto que la afectación es directa a materia de su especialidad, es decir cuando entra el juego de interés colectivo a que se refiere el profesor Gozaíni.

11. Aparte de la consideración de la especialidad de los Colegios Profesionales es de rigor precisar que la Constitución quiere, y no podría ser de otra manera, con la literatura utilizada, señalar a los Colegios por cada una de las profesiones existentes, es decir, un Colegio de Abogados con alcance nacional, igualmente un Colegio de Ingenieros, un Colegio de Arquitectos, un Colegio Médico, un Colegio de Enfermeros, etc. y no como en el caso de los Abogados los 28 Colegios sectoriales que existen en la República puesto que ello significaría en abstracto que el Tribunal Constitucional se podría ver actualmente en la necesidad de conocer 28 demandas por cada Colegio de Abogados en relación a una misma ley y que si los Colegios de Abogados en todo el territorio de la República no fueran 28 sino 500 o 1,000, por decir alguna cifra expansiva, también el Tribunal tendría que ver en repetición un número igual de demandas sobre la misma ley. Es evidente pues que cuando el referido inciso 7º del artículo 203 de la Constitución le da extraordinariamente la legitimidad para obrar activa a los Colegios Profesionales según su especialidad, se está refiriendo a las agrupaciones profesionales que representan un interés común con alcance nacional. La especialidad se encuentra entonces en lo que le corresponde a cada Colegio Nacional Profesional y no a la dispersión de Colegios que puedan existir y existen dentro de la República tratándose de los Colegios de Abogados. Lo contrario significaría la recusación de la legitimación extraordinaria expresamente contemplada por la norma constitucional citada.
12. Pero lo precedentemente expuesto no es todo en referencia al tema en análisis desde que en nuestro devenir histórico tenemos expresiones que corroboran la señalada autoridad de un solo Colegio a nivel nacional. Así el artículo 308 del derogado Decreto Ley 14605 – Ley Orgánica del Poder Judicial – publicado el 26 de julio de 1,963, permitió que para cada Distrito Judicial exista un Colegio de Abogados, llegando a contarse actualmente 28 Colegios de Abogados con alcance sectorial. Ante la aludida dispersión de Colegios de Abogados la ya inexistente Federación Nacional de Abogados (que agrupaba a los Colegios de Abogados de la República) reunida en la Segunda Conferencia Nacional de Decanos de Colegios de Abogados del

Perú (octubre 1,967) solicitó al gobierno de turno su reconocimiento legal como una entidad única; así es como el derogado Decreto Ley 18177 – “*A petición de los Decanos creó la Federación de Colegios de Abogados*” - 14 de abril de 1970 -, que en el artículo 1º precisó: “...*La Federación Nacional de Abogados del Perú representa a la profesión de abogados en todo el país...*”. Concordante con ello el artículo 2 del mismo decreto ley señaló en su inciso 1 que era atribución de la mencionada Federación representar a la profesión de abogado en todo el país. El artículo 290º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que entró en vigencia el año 1991 también permitió la existencia de un Colegio de Abogados por cada Distrito Judicial, hecho que se repitió en el artículo 285º del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS, publicado el 02 de junio de 1,993. Frente a la publicación de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial bajo esas mismas condiciones en lo referido a los Colegios de Abogados se publicó el Decreto Ley 25892, que derogó el Decreto Ley 18177 (27 de noviembre del año 1,992) y en su segunda disposición transitoria disolvió la Federación Nacional de Abogados para regular de manera precisa en sus artículos del 1º al 4º que la Junta de Decanos ostenta la representación a nivel nacional para la defensa del gremio. La Constitución Política del Perú, vigente desde 1,993, al señalar que los colegios profesionales pueden demandar la inconstitucionalidad de una norma solo en materia de su especialidad partió a no dudarlo de los precedentes normativos citados, lo que lleva a considerar que el texto constitucional en análisis está referido a la titularidad de solo instituciones profesionales de alcance nacional. En el caso de los Abogados es incuestionable pues que antes de la entrada en vigencia de la Constitución actual tuvo ese alcance nacional la Federación Nacional de Abogados del Perú y que ahora, dentro del vigor de la Constitución de 1,993, la representación nacional de los abogados no le corresponde a ninguno de los colegios de abogados sectoriales existentes y dispersos en el territorio de la República, en número de 28, sino a la Junta Nacionalde Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.

13. El Decreto Ley 25892 establece:

Artículo 1:

A partir de la vigencia del presente Decreto Ley, los Colegios Profesionales que no sean de ámbito nacional tendrán una Junta de Decanos.

Artículo 2:

Son atribuciones de las Juntas de Decanos las siguientes:

*inciso 1: **Coordinar la labor institucional** y dirimir los conflictos que pudieran surgir entre los respectivos Colegios;*

*inciso 2: **Promover y proteger, a nivel nacional, el libre ejercicio de la profesión correspondiente***

inciso 3: Fomentar estudios de especialización en las respectivas disciplinas y organizar certámenes académicos; y,

*inciso 4: **Ejercer las demás atribuciones que señale la ley y los estatutos pertinentes.***

Artículo 4:

*Las Juntas de Decanos que se constituyan conforme a lo dispuesto en el presente Decreto ley, **aprobarán sus respectivos estatutos...***

Este Decreto fue reglamentado por el Decreto Supremo N.º 008-93-JUS, que dispone que los Colegios Profesionales que no sean de ámbito nacional tengan una Junta de Decanos, y es muy preciso en su artículo 2º cuando señala:

- a) **Representar a la profesión correspondiente ante los organismos nacionales e internacionales.**

Por su parte el Estatuto de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, aprobado en Asamblea de Instalación de la Junta de Decanos de fecha 25 de junio del 2,003, en su artículo 1º, señala que toma como base legal para su formación las normas antes referidas y en su artículo 3 y 5 establece que:

Artículo 3:

La Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú es el máximo organismo representativo de la profesión de Abogado, ante los organismos del sector público y privado e instituciones profesionales, gremiales y de cualquier otra índole, dentro del país y en el exterior.

La representación a que se refiere el párrafo anterior es imperativa y no requiere por tanto ratificación de ningún otro organismo, y es ejercida por el Presidente de la Junta de Decanos, por sus personeros legales, o por quienes en cada caso designe el Consejo Directivo.

Título III: De sus atribuciones:

Artículo 5: (...)

d) Promover, proteger y defender a nivel nacional el libre ejercicio de la profesión de abogado.

Para este caso sui generis de dispersión de Colegios de Abogados son pues de aplicación el Decreto Ley 25892, el Decreto Supremo N.º 008-93-JUS y el Estatuto de la Junta de Decanos a que me he referido precedentemente. De ellos extraemos en conclusión que es la Junta de Decanos representada por su Presidente la que tiene representación frente a organismos nacionales o internacionales, vale decir entonces, que la facultad de demandar ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de alguna ley, que como tal tiene alcance nacional, recae precisamente sobre el que Preside la corporación nacional cuando se trata de la especialidad referida. Es decir, el inciso 7º del artículo 203 de la Constitución Política del Perú exige un representante

nacional por cada profesión puesto que, sin ninguna distinción, la legitimidad extraordinaria para demandar la inconstitucionalidad sin especialidad la tiene el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo.

En conclusión considero que el Tribunal Constitucional en el caso presente, aun cuando haya admitido a trámite la demanda imperfectamente presentada por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima no puede en la sentencia hacer un pronunciamiento de mérito puesto que lo actuado está afectado de un vicio de nulidad insalvable que lo lleva, por excepción, a una determinación inhibitoria, esto es al rechazo de la demanda, como debió hacerlo en su oportunidad, por cuanto al no tener el demandante la legitimidad activa extraordinaria exigida por el propio texto constitucional no podría este Colegiado evacuar una sentencia que pudiera ser ejecutable.

Por todo ello mi voto es porque se declare **NULO LO ACTUADO E IMPROCEDENTE** la demanda.

Sr.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Exp. N° 0014-2006-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS

DEL CONO NORTE

DE LIMA

FUNDAMENTO DEVOTO DEL MAGISTRADO

ALVA ORLANDINI

Fundamento mi voto en las razones siguientes:

1. En reiterada jurisprudencia, con participación de todos los Magistrados del Tribunal Constitucional, se ha establecido que los Colegios de Abogados tienen legitimidad activa para demandar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley cuando las mismas afectan el ordenamiento jurídico de la Nación, especialmente si –como en este caso- se alega que la modificación de algunos preceptos relativos al Código Penal viola la Ley Fundamental. Los deberes para con la Patria de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, que consagra el artículo 38º de la Ley Fundamental, no puede excluir a los operadores del Derecho, con mayor razón cuando el artículo 203º-7 de la Constitución explícitamente declara que están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Dentro de ese criterio, el Tribunal Constitucional ha admitido y resuelto más de 60 procesos de inconstitucionalidad promovidos por colegios profesionales, conforme aparece de las sentencias publicadas en el diario oficial *El Peruano*.

No sería razonable que el cuestionamiento de la inconstitucionalidad de normas legales penales sea atribuible a un colegio profesional distinto del Colegio de Abogados.

2. Por otra parte, no se puede –bajo ningún banal argumento- dejar de cumplir el texto claro y expreso del artículo 106º del Código Procesal Constitucional, conforme al cual

Admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o interés de las partes.

El proceso sólo termina por sentencia. (subrayado agregado).

La demanda, en este caso, fue admitida por resolución de fecha 06 de octubre de 2006; y, por lo tanto, el proceso sólo termina por sentencia.

3. Es verdad que el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que en caso de **vacío o defecto** son de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. Pero no es aceptable, por ende, que se pretenda invocar tal precepto para desintegrar el proceso constitucional, ni para esquivar un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, pues existen normas claras, expresas, específicas e inequívocas. No hay vacío ni defecto en el procedimiento constitucional.

Hay más: en el supuesto negado de que pudiera aplicarse el Código Procesal Civil, los artículos 171º a 177º de éste regulan los principios de legalidad y trascendencia de la nulidad, de convalidación, subsanación o integración, de extensión de la nulidad, de inadmisibilidad o improcedencia y oportunidad y trámite de la nulidad

La aplicación de tales principios del proceso civil al proceso de inconstitucionalidad acreditan, más todavía, que no hay vicio de nulidad en el caso *sub judice*.

4. En cuanto al fondo de la demanda incoada considero necesario referir algunos antecedentes:
 - a. La Ley N° 25280, de 30 de octubre de 1990, aprobada a iniciativa mía, en ejercicio de la función de Senador de la República, delegó facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, a efecto de que, mediante Decreto Legislativo, promulgara el Código Penal.
 - b. La Comisión Revisora que elaboró el proyecto de Código Penal fue integrada por los Senadores Javier Alva Orlandini, Luis GazzoloMiani y Absalón Alarcón Bravo de Rueda; los Diputados Gilberto Cabanillas Barrantes, Eduardo López Therese y José Baffigo Torre; el representante del Poder Judicial Carlos Espinoza

Villanueva; el representante del Ministerio Público Pedro Méndez Jurado; el representante del Ministerio de Justicia Juan M. Portocarrero Hidalgo; el representante del Colegio de Abogados de Lima Luis A. Bramont Arias; y el representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú.

c. La Comisión me designó su presidente.

d. El Decreto Legislativo N° 635, de 3 de abril de 1991, sin ninguna modificación en el proyecto, promulgó el Código Penal, el que entró a regir desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

5. La Exposición de Motivos del Código Penal, elaborado en sólo cuatro meses, en cuanto a **Reincidencia y Habitualidad**, expresa que

“Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto de Código Penal los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o la habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás debidamente ejecutadas.”

6. Las modificaciones introducidas en el Código Penal por diversas normas legales se dirigieron, principalmente, a incrementar las penas, bajo el equivocado criterio de que la drasticidad del castigo influiría en disuadir al potencial agente del hecho ilícito, estableciendo incluso la “cadena

perpetua”, cuyo alcance fue modulado por la sentencia de 03 de enero de 2003 (Exp. N° 010-2002-AI/TC) por el Tribunal Constitucional.

7. La Ley N° 26758, de 14 de marzo de 1997, introduce el artículo 46°-A en el Código Penal, a efecto de determinar como circunstancia agravante de la responsabilidad penal e incremento de la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.
8. La Ley N° 28726, de 9 de mayo de 2006, materia de este proceso de inconstitucionalidad, incorpora los artículos 46°-B y 46°-C y modifica los artículos 48°, 55°, 440° y 444° del Código Penal y el artículo 135° del Código Procesal Penal haciendo más severas las penas.

El demandante considera que la referida ley viola los artículos 2°-2-24 y 139°-13 de la actual Constitución en cuanto incorpora “las figuras de la reincidencia y la habitualidad como elementos para determinar la pena” y que “Hace lo mismo con los artículos 440 incisos 5 y 7, extendiendo el plazo de la prescripción en caso de reincidencia y considerando expresamente una circunstancia agravante a la reincidencia al momento de fijar la pena. E incluso llega a modificar el artículo 135° del Código Procesal que determina los requisitos para dictar el mandato de detención deje de ser los cuatro años y pase a ser un año ‘existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito.”

9. En rigor, la Ley N° 28726 no infringe ninguna norma constitucional. El Legislador ha optado por una política criminal distinta a la que originariamente consagró el Código Penal de 1991. Tal política tiene como sustento el acoso que afronta la sociedad por acción de la delincuencia. En efecto, con alarmante frecuencia se produce el asalto y robo a las personas que circulan por las carreteras del territorio nacional y por las calles de nuestras ciudades, siendo especialmente agraviados los turistas que

visitan el Perú. Hay bandas de avezados delincuentes, con la complicidad de menores, que arrebatan sus pertenencias a los viandantes y otras organizaciones que cometen latrocinios de vehículos o de sus auto-partes, que posteriormente son negociadas por los reducidos, que realizan sus ilícitas actividades en conocidos lugares de Lima y otras localidades. La “piratería” de impresos y de material informático es virtualmente cotidiana y permanente, con perjuicio de los derechos de autores y compositores.

Los delincuentes atentan contra servicios y bienes públicos, sustrayendo materiales de las instalaciones eléctricas, telefónicas y del agua potable y lo buzones de los desagües, sin recibir el condigno castigo; y otros atentan repetidamente contra las comunicaciones públicas con impunidad. Tales modalidades delictivas requieren de la sanción prevista en la Ley N° 28726 y, además, obviamente, de la diligente acción policial y de la intervención de los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial. Al Estado le corresponde adoptar las disposiciones legales y financieras para que en los establecimientos carcelarios se cumpla efectivamente el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, como lo dispone el artículo 139º-22 de la Constitución.

10. Desde hace dos décadas los criminólogos denuncian que dos de cada tres reclusos están sin sentencia. Esa situación se trató de remediar mediante la modificación del proceso penal. Para tal efecto propuse en el Senado se delegara facultades legislativas en el Poder Ejecutivo y, como consecuencia, se aprobó la Ley N° 25281, de 30 de octubre de 1990. La respectiva Comisión Revisora, que me honré en presidir, elaboró diligentemente el proyecto, que fue promulgado como Código Procesal Penal por Decreto Legislativo N° 638, de 27 de abril de 1991, pero se dispuso su vigencia a partir del 01 de mayo de 1992, salvo los artículos 2º, 135º, 136º, 138º, 143º, 145º y 182º a 188º que entraron en vigencia desde el día siguiente a su publicación. Posteriormente, el Decreto Ley N° 25461, de 29 de abril de 1992, aplazó la vigencia parcial de ese Código hasta el 29 de abril de 1994; y el Decreto Ley N° 26299, de 30 de abril de 1994,

suspendió la vigencia de tales disposiciones, *sine die*. De acuerdo a las órdenes de la dictadura, y por incuria del Ministerio Público y del Poder Judicial, la reforma del proceso penal quedó diferida. Se arguyó que los Fiscales y los Jueces no estaban debidamente capacitados para sustituir el sistema inquisitivo por el acusatorio.

11. Quince años después el argumento aún subsiste. El nuevo Código Penal, promulgado por Decreto Legislativo N° 957, de 29 de julio de 2004, ha empezado a aplicarse paulatinamente y se espera que aligere la justicia penal.

12. Sin embargo, los resultados de la novísima legislación procesal penal no se alcanzarán si el Ministerio Público y el Poder Judicial no disponen de los recursos humanos y logísticos para ese propósito.

Mi voto es, pues, porque se declare infundada la demanda.

ALVA ORLANDINI

Sentencia N. ° 00014-2006-PI/TC

Caso

Reincidencia y habitualidad

Fecha de publicación 20/11/2007

Norma cuestionada

Ley N° 28726, que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46°, 48°, 55°, 440° y 444° del Código Penal, y el artículo 135° del Código Procesal Penal.

Temas relevantes Reincidencia

La reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada

Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o (2) cuando el imputado ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley. En la presente sentencia, se evalúa si la reincidencia atenta contra principios constitucionales tales como el *ne bis in idem*, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad.

Respecto al principio *ne bis in idem*, en su configuración material, la cual consiste en la prohibición de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones como consecuencia de un mismo hecho delictivo, este Colegiado estima que no existe colisión con este principio por cuanto el primer delito cometido no es objeto de una doble imposición de pena si no que se toma en consideración para graduar la pena a un hecho delictivo distinto y el segundo tampoco, ya que solo es objeto de aquella sanción prevista en su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal.

Sobre el principio de culpabilidad, según el cual la reprobabilidad del delito es un requisito para atribuir a alguien la responsabilidad penal, tampoco se aprecia colisión con este principio por cuanto, si bien entendido en su forma clásica, este principio proscribe la consideración de elementos externos al acto ilícito para determinar la reprobabilidad, una interpretación constitucional del mismo derivada de los artículos 2º, inciso 24 literal f, 37º, 140º y 173º de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculcado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado.

En relación al principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción del exceso, la medida impugnada cumple con el subprincipio de idoneidad, en tanto se persigue un objetivo constitucionalmente legítimo como lo es cumplir con el deber del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44º de la Constitución), además existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo

constitucionalmente legítimo perseguido; cumple con el subprincipio de necesidad, dada la inexistencia de medidas menos gravosas; y con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto el Estado Constitucional de Derecho no solo tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal sino otros bienes constitucionales, como la paz y la seguridad de los ciudadanos frente a delitos como el terrorismo.

Habitualidad

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

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

Fallo Infundado