

Inconstitucionalidad de la reincidencia como circunstancia cualificada agravante de la pena

Unconstitutionality of recidivism as a qualified aggravating circumstance of the penalty

Ampelio MENDOZA GARAY*

RESUMEN: La reincidencia fue objeto de análisis por parte del tribunal constitucional debido a la presunta vulneración del principio del *ne bis in idem*, culpabilidad, proporcionalidad y los fines de la pena. Declarándose la constitucionalidad de la reincidencia como circunstancia genérica agravante dado que no vulneraba los principios señalados. Entonces el objeto de la presente investigación es analizar los efectos jurídicos penales de la reincidencia en el derecho penal como circunstancia cualificada gravante de la pena. Teniendo como propósito explicar la inconstitucionalidad de la reincidencia como circunstancia cualificada agravante a raíz de que el tribunal constitucional en la sentencia núm. 0014-2006-PI/TC, realizará el tes de constitucionalidad de la reincidencia como circunstancia agravante genérica y no como circunstancia cualificada agravante de la pena. Para los fines de la investigación se realiza un marco teórico desde el plano jurisprudencial (STC N° 0014-2006-PI/TC y el acuerdo plenario N° 1-2008/CJ/116), doctrinal y legal. Con una metodología analítico sistemático de 2 artículos científicos y 6 tesis para la obtención del resultado, así como su posterior discusión. Finalizando la investigación con las conclusiones que se desprenden de la discusión y que sustentan la inconstitucionalidad de la reincidencia como circunstancia cualificada agravante de la pena.

* Abogado litigante. Maestría en ciencias penales en la UNMSM. Contacto: <mendezagaray_30@outlook.com>. Fecha de recepción: 29/08/2017. Fecha de aprobación: 06/02/2018.

PALABRAS CLAVE: circunstancia cualificada agravante; constitucionalidad de la reincidencia; pena; derecho penal; principio del *ne bis in idem*.

ABSTRACT: The recidivism was the object of analysis by the constitutional court for the alleged violation of the principle of *ne bis in idem*, culpability, proportionality and the purpose of punishment. Declaring the constitutionality of the recidivism as an aggravating generic circumstance for not violating the aforementioned principles. Then the purpose of the investigation was to analyze the legal effects of criminal recidivism in criminal law, as a qualifying circumstance of the penalty. The purpose of which is to explain the unconstitutionality of recidivism as a qualified aggravating circumstance as a result of the constitutional court ruling No. 0014-2006-PI / TC, making the constitutionality test of recidivism as a generic aggravating circumstance and not as a qualified aggravating circumstance of the penalty. For the purposes of the research a theoretical framework is made from the jurisprudential level (STC No. 0014-2006-PI / TC and plenary agreement 1-2008 / CJ / 116), doctrinal and legal. With a systematic analytical methodology of 2 scientific articles and 6 theses for obtaining the result and its subsequent discussion, concluding the investigation with the conclusions that emerge from the discussion. Concluding the investigation with the conclusions that emerge from the discussion and that will support the unconstitutionality of recidivism as a aggravating qualified circumstance of punishment.

KEYWORDS: qualified aggravating circumstance; constitutionality of recidivism; pain; criminal law; The principle of *ne bis in idem*.

I. INTRODUCCIÓN

La criminalidad como un hecho social pernicioso para la sociedad tiene antecedentes tan antiguos como el hombre mismo. La criminalidad son actos humanos y ello conlleva a afirmar que donde hay seres humanos siempre habrá criminalidad. La criminalidad es un fenómeno humano, social y global en toda la comunidad social. Respecto a tal fenómeno criminógeno, los estados han creado instrumentos jurídicos para el control de la criminalidad en una sociedad política y jurídicamente organizado. Siendo el derecho penal el instrumento elegido para combatir toda conducta delictuosa que ponga en peligro bienes jurídicos esenciales para el normal desarrollo individual y colectivo de la persona humana en la sociedad. Fueron los motivos para la reintroducción de la reincidencia en el artículo 45-B del código penal de fecha 9 de mayo del 2006 con la ley N° 28726. Esta institución de la reincidencia es también regulada por diversos códigos penales del mundo como, por ejemplo: Argentina, Colombia, Ecuador, Uruguay, México, España, Italia, Alemania (proscrito), etc.

Cierto es que la finalidad y la razón de ser de la reincidencia en todos los códigos penales del mundo, es para combatir la inflación de la criminalidad que azota a toda la comunidad social. Pero ha traído consigo muchos debates y discusiones sobre su utilidad y sobre todo su constitucionalidad. Por ejemplo, Alemania no fue ajeno sobre la discusión de la constitucionalidad de la reincidencia, así el tribunal constitucional alemán de 16 de enero de 1979 señaló la constitucionalidad de la reincidencia, pero posteriormente quedaría proscrita la reincidencia del código penal alemán en 1986, como bien Heinrich y Weingend señalan: “El art 48 (en su anterior redacción) contenía una disposición especial relativa a la reincidencia que fue derogada en el año de 1986”.¹ Lo mismo

¹ HANS HEINRICH JESCHECK, Thomas, *Tratado de derecho penal parte general vol. I*. Lima, Instituto Pacífico, 2014, p. 1330.

pasó en España donde el tribunal constitucional tuvo que manifestarse sobre la reincidencia, declarando la constitucionalidad. Así todos los países han tenido discusiones arduas sobre la constitucionalidad de la reincidencia. En nuestro país, un gran defensor de la esta institución es Villa que comentando al artículo 22º.8 del código penal español donde prescribe la reincidencia, nos dice “Mencionamos este punto por considerarlo saludable y realista el retorno a institutos que siempre tuvieron presencia y que, por un criterio de humanidad mal entendida le había suprimido”.

Los debates y discusiones sobre la constitucionalidad de la reincidencia no han sido ajenos en nuestro país, así Prado que:

La disfunción normativa descrita motivó que se evalúen diferentes aspectos de las agravantes sobre reincidencia y habitualidad en los Plenos Jurisdiccionales de Vocales Superiores realizados Lima (2008), Arequipa (2006) y Loreto (2008). El debate se centró en la constitucionalidad de las agravantes mencionadas. Sin embargo, el resultado del mismo aportó decisiones y posiciones contradictorias, Es así que, por ejemplo, los acuerdos adoptados en Arequipa afirmaron la inconstitucionalidad de tales circunstancias y la necesidad de aplicar sobre ellas un control difuso. En cambio, en el Pleno de Lima, los magistrados asistentes acordaron que dichas normas sí eran constitucionales y, por consiguiente, debían ser aplicadas con todos sus efectos.²

De igual forma nuestro tribunal constitucional en la sentencia N° 0014-2006-PI/TC, declaró la constitucionalidad de la reincidencia como circunstancia agravante de la pena. Posterior a ello también se desarrollaría el acuerdo plenario N° 1-2008/CJ/116, sobre la correcta interpretación y aplicación de la reincidencia, entonces la institución de la reincidencia es regulada por muchos códigos penales de Europa, Latinoamérica y en nuestro país. Nuestro tribunal constitucional en la sentencia N°

² HURTADO POZO, Jose, PRADO SALDARRIAGA, Victor, *Manual de derecho penal parte general tomo i*. Lima, idemsa, 2011, p. 10.

Inconstitucionalidad de la reincidencia como circunstancia ...

Ampelio MENDOZA GARAY

0014-2006-PI/TC, ha señalado la constitucionalidad de la reincidencia como circunstancia agravante genérica, más no realizó ningún análisis de constitucionalidad de la reincidencia como circunstancia cualificada agravante de la pena. Esto nos conlleva a preguntarnos ¿Es inconstitucional la reincidencia como circunstancia cualificada agravante de la pena a raíz de la sentencia del tribunal constitucional N° 0014-2006-PI/TC, donde declara la constitucionalidad de la reincidencia como circunstancia genérica agravante?

II. LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL

A) DEFINICIÓN

Desde el plano etimológico la reincidencia significa “recaída, por ello y como sinónimo de reincidencia también podemos encontrar el termino de origen latino *recidiva*, que es hoy utilizado en medicina para designar la repetición de una enfermedad poco después de terminada la convalecencia”. El tribunal constitucional ha definido la reincidencia como “una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de un anterior” (EXP. N. ° 0014-2006-PI/TC. Fj.9. fundamento 17). La corte suprema también se ha pronunciado al respecto señalando:

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. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial.³

³ Acuerdo plenario N° 1-2008/CJ-116. Fj, 5. fundamento 12.

El artículo 46-B Del código penal lo define como sigue: El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años. La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Entonces la reincidencia es entendida como un hecho factivo y valorativo, que va incidir para la fundamentación de la graduación de la pena, como circunstancia cualificada agravada para quien haya reincido en la comisión de un nuevo delito doloso sin importar la naturaleza del delito (reincidencia genérico).

B) EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La reincidencia tiene orígenes a la par de nuestro código penal de 1863, posteriormente en el código penal de 1924 que regulaba la reincidencia, para luego ser proscrita en el código penal de 1991 por vulnerar los principios de la humanidad de la pena, *ne bis in ídem*, inutilidad contra la criminalidad y por ser una forma aberrante de castigar, conforme la exposición de motivos del código penal de 1991. Para posteriormente ser reintroducido nuevamente el artículo 46-B del código penal, incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 28726, publicada el 09 mayo 2006. Mientras que el artículo 46-B señalaba lo siguiente: 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.

Años después el artículo 46-B sería modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29407, publicada el 18 septiembre 2009, y nuevamente sufriría otra modificación por el artículo 1 de la Ley N° 29570, publicada el 25 agosto 2010, pero no duraría ni dos meses para ser modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29604, publicada el 22 octubre 2010. Este último es modificado nuevamente por el artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013. La *más reciente* modificadora del artículo 46-B del código penal es por la única disposición complementaria modificatoria del decreto legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, cuya literalidad describe como sigue: El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años. La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.

Como se puede observar desde la incorporación del artículo 46-B reincidencia del código penal, incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 28726, publicada el 09 mayo 2006. Ha sufrido has-

ta hoy en día 6 modificaciones trayendo consigo diversas confusiones. Actualmente el artículo señalado, solo menciona para ser reincidente en haber cumplido en toda o en parte una pena (no pena privativa de libertad efectiva).

C) LA REINCIDENCIA Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Los principios “son los fundamentos de algo, se entiende como proposiciones o verdades que sustentan el saber o la ciencia jurídica”. Por ello el principio “no hay pena sin culpabilidad” es uno de los pilares fundamentales del derecho penal. Esta es el fundamento, la justificación y la *conditio sine qua non* de la pena.⁴ La “Culpabilidad es imputar responsabilidad por un injusto a un individuo en base a la exigibilidad en un ámbito comunicativo, en atención a condicionamientos reconocible, en una determinada práctica social”. El tribunal constitucional ha remarcado la trascendencia del principio de culpabilidad en un estado constitucional de derecho al señalar que:

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.⁵

Para Roxin señala que:

La culpabilidad para la fundamentación de la pena atañe a la cuestión de bajo que presupuestos existe culpabilidad y por tanto por regla general responsabilidad jurídico penal. En cambio, la

⁴ HURTADO POZO, Jose, PRADO SALDARRIAGA, Victor, *Manual de derecho penal parte general Tomo I*. Lima, Idemsa, 2011, p. 577.

⁵ EXP. N.º 0014-2006-PI/TC. Fj.10. fundamento25.

Inconstitucionalidad de la reincidencia como circunstancia ...

Ampelio MENDOZA GARAY

culpabilidad para la medición de la pena atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto al “conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto.”⁶

Cabe precisar que el principio de culpabilidad no fue regulado expresamente en nuestra carta magna por el constituyente. Pero se desprende su constitucionalidad del principio de legalidad prescrito en el literal d, numeral 24 del artículo 2 de nuestra constitución. Lo mismo que del principio de proporcionalidad recogido en el artículo 200 de la constitución. En esa misma línea se ha pronunciado el tribunal constitucional, mencionando que:

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 principio de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal “d” del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución (...) 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 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 art 200° de la Constitución, en su último párrafo.⁷

Los máximos intérpretes de la constitución entienden la culpabilidad y su relación con la reincidencia, en que:

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

⁶ ROXIN, C., *Derecho penal parte general tomo I*, Madrid, Civitas, 2008, p. 814.

⁷ EXP. N. ° 0014-2006-PI/TC. Fj.11.fundamento 28- 32.

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. De culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino e 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.⁸

Se deja sentado al final del párrafo, que el tribunal constitucional apuesta a que la reincidencia como agravante genérica no vulnera el principio de culpabilidad, por ende es constitucional. No es el único párrafo donde el tribunal constitucional menciona la reincidencia como agravante genérica y no como cualificada. Así señala “Atendiendo a razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como circunstancia genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*”.⁹ Claramente el tribunal constitucional interpreta la constitucionalidad de la reincidencia como una circunstancia genérica agravante. Esto porque la reincidencia como una circunstancia genérica agravante sirve para fundamentar la graduación de la pena dentro de marco extremo mínimo y máximo del tipo penal. Por otra parte la corte suprema entiende la reincidencia como circunstancia cualificada agravante, al decir que:

La reincidencia no puede cumplir funciones que correspondan a una circunstancia común y a una cualificada. Solo deben apreciarse en su rol de circunstancia cualificada. Cualificada de una

⁸ EXP. N. ° 0014-2006-PI/TC. Fj.12-13.fundamento 38-39.

⁹ EXP. N. ° 0014-2006-PI/TC. Fj.10. fundamento 24.

agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando como referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el nuevo máximo de la pena básica será el límite fijado por el artículo 46-B para dicho tipo agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo original).¹⁰

Entonces la culpabilidad es un pilar fundamental al ius puniendi del estado. Así Garro entiende que:

La culpabilidad es un presupuesto y un límite de la pena. 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. 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.¹¹

D) LA REINCIDENCIA Y EL *NE BIS IN IDEM*

El *ne bis in idem* es un principio que no está expreso en nuestra constitución, pero es un principio de se desprende la otro principio prescrito en el artículo 139, inciso 3 de la constitución. No solo está regulado por nuestra constitución, sino también por los tratados internacionales (convención americana de los derechos

¹⁰ Acuerdo plenario N° 1-2008/CJ-116. Fj, 7.fundamento 13.

¹¹ GARRO ABURTO, J. L., Reincidencia y Habitualidad en Procesos Penales a Consecuencia de la Ley 30076, 2017, p. 42.

humanos, el pacto internacional de los derechos civiles y políticos). En esa misma línea el tribunal constitucional señala que:

principio *ne bis in idem* (nadie puede ser castigado dos veces por mismo hecho) ha sido tratado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N 2050-2002-AA/TC (fundamento 2) donde señaló que se trata de un contenido implícito del derecho del 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.¹²

El principio de *ne bis in idem*, es una institución jurídica de rango constitucional y convencional, que va a impedir que una persona pueda ser procesada o castigada dos veces por los mismos hechos. Así “impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento”¹³. El tribunal constitucional ha señalado la relación de la reincidencia y el *ne bis in idem* como:

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 a razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como circunstancia genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in idem*.¹⁴

Queda evidente que el tribunal constitucional en todo momento se refiere a la reincidencia como circunstancia genérico agravante. Oré señala que “Un mismo hecho es valorado tanto

¹² EXP. N.º 0014-2006-PI/TC. Fj.9 .fundamento 19.

¹³ EXP. N.º 0014-2006-PI/TC. Fj.9 .fundamento 21.

¹⁴ EXP. N.º 0014-2006-PI/TC. Fj.10 .fundamento 24.

para fundamentar una primera condena como para fundamentar la agravante por el subsecuente delito; lo que importa indudablemente una doble valoración que afecta el principio *ne bis in idem* en sentido material”.¹⁵

E) LA REINCIDENCIA Y LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

El tribunal constitucional ha señalado que la dignidad de la persona humana es un derecho-principio del ser humano. Analizando el derecho penal del enemigo el tribunal constitucional ha señalado que: “Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana”.¹⁶ La dignidad de la persona humana es un derecho-principio de todo ser humano sin excepción alguna, un derecho absoluto. El artículo 1 de nuestra constitución señala que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del estado. Por lo que debe interpretarse que la persona humana y el respeto a su dignidad son “el núcleo central de nuestro ordenamiento constitucional, sirviendo como principio rector para la interpretación constitucional y para la evaluación de la adecuación constitucional de las normas que se expidan”.¹⁷

Por ello la dignidad de la persona humana es un valor que nos hace un ser único e inapreciable, que hace del ser un fin en sí mismo. Así tomando la filosofía kantiana de la dignidad y del ser humano, que:

¹⁵ ORÉ, citado en COELLO GAMARRA, C. F., *Necesidad del cumplimiento de la totalidad o una parte de una pena privativa de libertad efectiva por delito doloso como requisito para establecer la condición de reincidente*, 2017, p. 32.

¹⁶ EXP. N° 0014-2006-PI/TC. Fj.6. fundamento 5.

¹⁷ RUBIO CORREA, Maracial, EGUIGUEREN PRAELI, FRANCISCO, BERNALES BALLESTERO, Enrique, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 47.

Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todo el plan de acción social del estado, suministrando una base constitucional a sus políticas, pues el estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas.¹⁸

Entendiendo el valor de tal principio, podemos señalar como Cerezo que:

[...] La imposición de una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, supone la utilización del ser humano como un mero instrumento para la consecución de fines sociales, en este caso Preventivos, lo cual implica un grave atentado a su dignidad.¹⁹

La dignidad de la persona no puede ser relativizada independientemente si el ser, es un delincuente o no. La dignidad es la condición mínima y la esencia que hace del ser como único e invaluable.

[...] La discriminación fundada en la negación de la condición de persona a cualquiera, comprendidos los delincuentes más peligrosos, contradice el art. 1 de la Constitución, en el que se declara que la “defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”²⁰

¹⁸ RUBIO CORREA, Maracial, EGUIGUEREN PRAELI, FRANCISCO, BERNALES BALLESTERO, Enrique, *Los derechos...op. cit.*, p. 51.

¹⁹ DEL CASTILLO, C., & JERIS, L., *La reincidencia en el derecho penal del enemigo, marco del principio de dignidad de la persona*, Poder Judicial Lima Centro, 2017, p. 39.

²⁰ *Idem.*

F) LA REINCIDENCIA Y LOS FINES DE LA PENA

Para Silvia “los fines de la pena, tantas veces descuidados en la enseñanza del derecho, la doctrina y la jurisprudencia, en términos teleológicos, representan la razón de ser de un derecho”. Por ello los fines de la pena determinan el sentido jurídico de un ordenamiento jurídico penal. Así es prescindible que:

No debe descuidarse ni ser materia de olvido que la manera como es entendida la criminalidad guarda una relación estrecha con los distintos modos de percibir las finalidades de la pena, junto al papel que le corresponde desempeñar al derecho penal como dispositivo de control social y, a la postre, en concordancia con ello, a la pena de prisión.

El tribunal constitucional ha señalado que a reincidencia cumple los fines preventivos generales de la pena. Así señala que:

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 al principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; por consiguiente, serán el mejor medio de represión del delito.²¹

Por otra parte nuestra corte suprema ha señalado contrariamente a lo señalado por el tribunal constitucional, al precisar que:

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. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial.²²

Es entendible que la reincidencia tiene una naturaleza agravante punitiva para aquel que ha reincidido en la comisión de

²¹ EXP. N.º 0014-2006-PI/TC. Fj.8 .fundamento 13.

²² Acuerdo plenario N.º 1-2008/CJ-116. Fj, 5.fundamento 12.

un acto delictivo. También queda claro que independientemente de la prevención general o especial, el reincidente es recluido y se espera su rehabilitación y reinserción en la sociedad a través del transcurso del tiempo (pena impuesta). Pero nuestra realidad carcelaria es el espacio menos adecuado para cumplir la rehabilitación y la resocialización del penado. La reclusión por un largo tiempo (finalidad de la reincidencia) es contraproducente en miras a la rehabilitación, reeducación y la resocialización del condenado. Silvia nos señala al respecto que:

La investigación empírica sociojurídica, además de la doctrina avanzada, ha concluido que la ejecución de la resocialización no es viable en el ámbito de las cárceles, que carece de Legitimidad y no es compatible con un Estado social de derecho. Al contrario, el internamiento en la cárcel sería un factor criminógeno, no de recuperación social del reo.

G) LA REINCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

La determinación judicial de la pena para Prado se trata de un:

Procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales. Alude a toda la actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar, de modo cualitativo y cuantitativo, la sanción a imponer en el caso sub iudice. Esto es, mediante el se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulte aplicable.²³

²³ HURTADO POZO, Jose, PRADO SALDARRIAGA, Victor, *op. cit.*, 2011, p. 2

Inconstitucionalidad de la reincidencia como circunstancia ...

Ampelio MENDOZA GARAY

Circunstancias genéricas, específicas y elemento típico accidental

Genéricas: son “las circunstancias que se regulan en la Parte General del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena Concreta de cualquier tipo de delito”²⁴

Especiales o específicas: son las que “se regulan en la Parte Especial y en conexión funcional sólo con determinados delitos. Ese es el caso de las circunstancias previstas en los Incisos del artículo 186° y que operan exclusivamente con el delito de hurto (Artículo 185°)”²⁵

Circunstancia cualificada (reincidencia)

Prado nos menciona que:

La característica común de este tipo de circunstancias es que su presencia genera la configuración de un nuevo marco de conminación penal. Es decir, con ellas se modifican los límites legales, mínimos o máximos, de la pena conminada para el delito. Ejemplo de ello es la circunstancia cualificada de la reincidencia regulada en el artículo 46° B del Código Penal. Según dicha disposición, tal circunstancia motiva un nuevo extremo máximo de la pena y que será para dicho tipo de agravante « ... un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido». En estos casos, la pena básica se extenderá hasta este nuevo máximo legal.²⁶

Elementos típicos accidentales: son aquellas “circunstancias que, añadidas a un tipo legal básico, se integran con él y determinan la configuración de un tipo derivado privilegiado o cualificado”.²⁷

²⁴ *Ibidem*, p. 4.

²⁵ *Idem*.

²⁶ HURTADO POZO, JOSE, PRADO SALDARRIAGA, VICTOR, *op. cit.*, p. 5.

²⁷ *Idem*.

Queda claro entonces que la reincidencia viene ser una circunstancia cualificada agravante donde se impondrá una pena por encima del extremo máximo de la pena conminada. Por lo que es una desfiguración del principio de legalidad.

Entonces para los efectos de esta investigación es necesario analizar y explicar los efectos de la reincidencia como una circunstancia cualificada agravante en el derecho penal a la luz de la sentencia del tribunal constitucional N° 0014-2006-PI/TC donde se desarrolla el tés de constitucionalidad de la reincidencia como circunstancia genérica agravante y declarándola constitucional. Por otra parte el tribunal constitucional no desarrolla el tes de constitucionalidad de la reincidencia como circunstancia cualificada agravante por lo que hace necesario la investigación.

Todo lo dicho nos conlleva a preguntarnos por la inconstitucionalidad de la reincidencia como circunstancia cualificada agravante a raíz de que el tribunal constitucional en la sentencia N° 0014-2006-PI/TC, realizara el tes de constitucionalidad de la reincidencia como circunstancia agravante genérica y no como circunstancia cualificada agravante de la pena.

III. METODOLOGÍA

La investigación de este artículo científico es una revisión sistemática que se realizó con la búsqueda de las palabras del tema de investigación en la base de datos de Google académico. Entonces se efectuó la búsqueda del tema a investigar (inconstitucionalidad de la reincidencia como agravante cualificada de la pena) iniciando la búsqueda de las palabras de lo general a lo más específico.

Primer paso: La búsqueda de la palabra “reincidencia” con especificación de tiempo del 2017-2018, en la base de datos de Google académico, obteniendo como resultado la cantidad de 3920 entre artículos y tesis. Posteriormente se procedió la búsqueda de la

palabra “inconstitucionalidad de la reincidencia” con especificación del tiempo de 2017-2018 y como resultado la cantidad de 799 entre artículos y tesis. Seguidamente con la palabra “reincidencia como agravante cualificada de la pena” con intervalo de tiempo de 2017-2018, obteniéndose la cantidad de 234 entre artículos y tesis. Por último se procedió juntar las tres palabras buscadas anteriormente “la inconstitucionalidad de la reincidencia como agravante cualificada de la pena” y se procedió la búsqueda con intervalo de tiempo de 2017-2018, siendo el resultado de la búsqueda la cantidad de 118 entre artículos y tesis, con fecha de investigación del 5 de mayo del 2018.

Segundo paso: Una vez obtenido los 118 (entre artículo y tesis) de la búsqueda en la base de Google académico, se pasó a recolectar en un cuadro de datos las informaciones más importantes de los 118 encontrados, como: autor, título, referencia bibliografía en APA, nombre de la revista (artículos) o nombre del repositorio (tesis), país, año, resumen y la información empírica del artículo o tesis.

Tercer paso: Una vez analizado brevemente los 118 entre artículos y tesis encontrados se pasó a sustraer los artículos y tesis relevantes para la investigación. Entonces se sustrajo 3 artículos científicos y 5 tesis con sus datos respectivos (autor, título, año, referencia bibliográfica, nombre de revista, repositorio y base de datos) por contener temas relacionados al objetivo de mi investigación.

Cuarto paso: por último se realizó la pregunta específica de relevancia e importancia a los fines del objeto de investigación.

IV. RESULTADOS

En esta parte de la investigación se dará a conocer las posturas de los autores hallados en los artículos científicos y tesis que se han

recopilado en el transcurso de la investigación. En esa línea responden a la pregunta realizada ¿La aplicación de la reincidencia en el derecho penal vulnera principios penales y constitucionales? Siendo estas las respuestas:

A) PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

La culpabilidad es un presupuesto y un límite de la pena. 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. 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.

Sentencia del tribunal constitucional Exp N° 0014-2006-PI/TC señala que:

Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2°, inciso 24, literal “f”, 37°, 140° y 173° de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculcado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N° 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional”²⁸

²⁸ COELLO GAMARRA, C. F., *Necesidad del cumplimiento de la totalidad o una parte de una pena privativa de libertad efectiva por delito doloso como requisito para establecer la condición de reincidente*, 2017, pp. 36-37.

Inconstitucionalidad de la reincidencia como circunstancia ...

Ampelio MENDOZA GARAY

B) PRINCIPIO DEL *NE BIS IN ÍDEM*

Oré señala que: “Un mismo hecho es valorado tanto para fundamentar una primera condena como para fundamentar la agravante por el subsecuente delito; lo que importa indudablemente una doble valoración que afecta el principio *ne bis in idem* en sentido material”.²⁹

Por otra parte:

Dicha concepción al parecer definida por el Tribunal constitucional, al decir que la ley que incorpora la reincidencia y la habitualidad no vulneraban el principio constitucional de *ne bis in idem*, empero el Tribunal Constitucional no analiza el fondo de la nomenclatura legislativa para determinar si la ley penal, es clara, precisa y cierta. Por ello, el Acuerdo Plenario 1-2008 determino, que la ley penal sobre reincidencia no estaba bien establecida; por ende, su necesaria interpretación.³⁰

El autor Cabrera ha señalado 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, porque corresponde centrar la atención en la configuración Material, es decir en la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho. Señala el mismo Tribunal Constitucional que el primer delito cometido no recibe una pena adicional ni una agravación, 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 no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo

²⁹ ORÉ, citado en COELLO GAMARRA, C. F., *Necesidad del cumplimiento de la totalidad o una parte de una pena privativa de libertad efectiva por delito doloso como requisito para establecer la condición de reincidente*, 2017, p. 32.

³⁰ COELLO GAMARRA, C. F., *op. cit.*, p. 64.

penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal.

C) PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

Para Cerezo (como se citó en Del Castillo, 2017) que:

[...] La imposición de una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, supone la utilización del ser humano como un mero instrumento para la consecución de fines sociales, en este caso Preventivos, lo cual implica un grave atentado a su dignidad.³¹

Para Hurtado y Prado siguiente la línea anterior señala que:

[...] La discriminación fundada en la negación de la condición de persona a cualquiera, comprendidos los delincuentes más peligrosos, contradice el art. 1 de la Constitución, en el que se declara que la “defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”³²

Por ultimo “La dignidad es un principio clave en el derecho. Es el fundamento del Derecho, la fuente de donde emanan los derechos; la causa y razón de las legislaciones sobre derechos humanos; y su protección en la meta a la que debe aspirar todo sistema jurídico.”³³

³¹ DEL CASTILLO, C., & JERIS, L., *La reincidencia en el derecho penal del enemigo, marco del principio de dignidad de la persona*, Poder Judicial Lima Centro, 2017, p. 39.

³² *Idem.*

³³ *Ibidem*, p. 40.

D) PRINCIPIO DE DERECHO PENAL DE ACTO

Para Silvia, aquella que:

Utiliza los antecedentes penales como factor decisivo para resolver si una persona requiere o no de tratamiento penitenciario y, en consecuencia, disponer las medidas punitivas pertinentes. Es decir, los antecedentes penales, que muchas veces en estricto sentido jurídico ni siquiera lo son porque se trata de meras imputaciones, son considerados un antecedente personal o social que hace necesaria la ejecución de la pena. Existe un cierto consenso en cuanto a que el ordenamiento jurídico colombiano abandonó el modelo del derecho penal de autor, para fundar las respuestas del control social jurídico en un derecho penal de acto. Sin embargo, los antecedentes penales han sido, por excelencia, un recurso del derecho penal de autor, tal como aparece con claridad en la doctrina de la escuela positivista del derecho penal y la criminología, que toma a la reincidencia como signo inequívoco de peligrosidad criminal y que, a su vez, concibe a la peligrosidad como el objeto principal de las intervenciones penales que habrán de asegurar los principios de la defensa social. De manera paralela, al irrogar una consecuencia punitiva negativa al imputado en razón a la existencia de antecedentes penales, se utiliza el delito anterior para sancionar dos veces al autor, lo cual es manifiestamente contrario a los principios elementales del derecho constitucional y penal colombiano.

Por último Martínez:

De la metodología y análisis de las distintas teorías, así como el diagnóstico de las encuestas efectuadas a los abogados en libre ejercicio, consideran que al no ser legalmente reconocido la reforma ni conste en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia sobre la Reincidencia en los adolescentes infractores, vulnera por consiguiente los derechos constitucionales a la víctima y al

principio de proporcionalidad, por lo tanto están de acuerdo en que se debe viabilizar una reforma al mencionado Código.

E) PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

Para Silvia que:

Los fines de la pena, tantas veces descuidados en la enseñanza del derecho, la doctrina y la jurisprudencia, en términos teleológicos, representan la razón de ser de un derecho (...). La investigación empírica sociojurídica, además de la doctrina avanzada, ha concluido que la ejecución de la resocialización no es viable en el ámbito de las cárceles, que carece de Legitimidad y no es compatible con un Estado social de derecho. Al contrario, el internamiento en la cárcel sería un factor criminógeno, no de recuperación social del reo (...). La resocialización corresponde a un nuevo proceso de socialización, que implica “borrar” o suprimir las socializaciones anteriores, primarias y secundarias, para implantar en el individuo determinados valores y actitudes seleccionados por quienes dirigen la reeducación (...). No debe descuidarse ni ser materia de olvido que la manera como es entendida la criminalidad guarda una relación estrecha con los distintos modos de percibir las finalidades de la pena, junto al papel que le corresponde desempeñar al derecho penal como dispositivo de control social y, a la postre, en concordancia con ello, a la pena de prisión (...). En la actualidad los jueces pueden, como ya lo hace alguna tendencia de la judicatura progresista, omitir toda mención al factor subjetivo (análisis de la resocialización) salvo la indispensable Para cumplir la formalidad.

F) PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La Individualización de la pena concreta se trata, pues, de un quehacer exploratorio y valorativo que se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso. En la Circunstancia cualificada La característica común de este tipo de circunstancias es que su presencia genera la configuración de un nuevo marco de conminación penal. Es decir, con ellas se modifican los límites legales, mínimos o máximos, de la pena conminada para el delito. Ejemplo de ello es la circunstancia cualificada de la reincidencia regulada en el artículo 46° B del Código Penal. Según dicha disposición, tal circunstancia motiva un nuevo extremo máximo de la pena y que será para dicho tipo de agravante «... un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido». En estos casos, la pena básica se extenderá hasta este nuevo máximo legal.³⁴

IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

A) DISCUSIÓN

- Se señala que el principio de culpabilidad es un límite para el *ius puniendi* del estado, siendo un fundamento de graduación de la pena por la comisión del acto criminal, es decir el desvalor del resultado debe guardar proporcionalidad con la imposición de la pena. Que la esencia de la culpabilidad no radica en la personalidad o vida de la persona humana, sino en estricto en la comisión de un hecho

³⁴ HURTADO POZO, Jose, PRADO SALDARRIAGA, Victor, *Manual de derecho penal parte general tomo i*. Lima, idemsa, 2011, pp. 2-5.

delictivo. En tal sentido se puede decir que la reincidencia vulnera la culpabilidad por realizar un análisis de la culpabilidad de un hecho pasado y no actual. Que por los antecedentes criminógenos se agrave la pena por encima del extremo máximo de pena prevista en el tipo penal es vulnerar el principio de culpabilidad por el hecho.

- Por otra parte también en los resultados se puede ver que la reincidencia va traer consigo la afectación del principio del *ne bis in ídem*. Esto a razón, que un mismo hecho es valorado tanto para fundamentar una primera condena como para fundamentar la agravante por el subsecuente delito. Lo que me parece acertado por cuanto se estaría vulnerando el *ne bis in ídem* material por una doble valoración del hecho anterior en el delito nuevo y sirviendo esta como agravante por encima del extremo máximo del tipo penal.
- Los efectos de la reincidencia en el derecho penal también es un atentado para la dignidad de la persona humana. Porque en este caso el ser humano se convierte en un mero objeto y deja de ser un sujeto de derecho; transformándose en un medio para lograr un fin. Tomar como referencia la personalidad o la vida del ser humano y poner penas que sobrepasen la culpabilidad del hecho para satisfacer los fines sociales es indigno para el ser.
- No me parece adecuado que la lucha de la criminalidad sea con la imposición de la reincidencia y con ello se proteja a las víctimas. Estos por la sencilla razón que las penas siempre son posterior a la acción y no antes. Entonces pedir la reincidencia como una forma de agravar las penas para los menores de edad me parece equivoco. Por otro lado me parece correcto lo afirmado por una parte de los resultados de la investigación donde señala: “que utilizar los antecedentes penales como factor decisivo para resolver

si un apersona requiere o no de tratamiento penitenciario es ver simplemente la supuesta peligrosidad del sujeto (subjetividad sin corroboración-derecho penal de autor)” sin tener en cuenta en estricto la comisión del delito, en marco de un derecho penal de acto.

- En cuanto al fin de la pena se menciona que representa la razón de ser de un derecho penal. También que las investigaciones empíricas han demostrado que el encarcelamiento con fines de resocialización en las cárceles son ineficaces. Es claro que nuestro sistema carcelario no va a rehabilitar, reeducar y resocializar con las condiciones de nuestras cárceles que no cuentan con las condiciones mínimas para tal propósito. Entonces con la reincidencia se vulneraría la resocialización y en general de toda persona humana privada de su libertad.
- Por último que la reincidencia es una circunstancia calificada agravante de la pena y no una circunstancia genérica agravante como lo señaló nuestro tribunal constitucional. Por lo que vulnera el principio de legalidad al imponer un apena por encima del extremo máximo que el tipo penal no prescribe para tal conducta delictiva.

B) CONCLUSIONES

- En primer lugar se puede concluir que la configuración y aplicación de la reincidencia en el derecho penal trae consigo vulneraciones de principios fundamentales que consagra nuestra constitución.
- También se estaría vulnerando el principio del ne bis in ídem por realizar una doble valorización del hecho anterior para agravar la pena por encima del extremo máximo del tipo penal.

- La reincidencia al ser una circunstancia cualificada agravante, que implica imponer un apena por encima del extremo máximo prevista por el tipo penal para satisfacer los fines sociales e instrumentalizando al ser humano; es vulnerar la dignidad del ser humano.
- Tomar los antecedentes penales o la comisión de un nuevo delito, no es suficiente para determinar o probar la peligrosidad del sujeto (reincidente) lo que significaría volver al derecho penal de autor en contraposición al derecho penal de acto.
- Los fines de la pena representan la razón de un derecho penal. Las investigaciones empíricas demuestran que las cárceles no son adecuadas para la resocialización de los criminales; lo que significa que la reincidencia es contrario al principio de resocialización
- La reincidencia es una circunstancia cualificada agravante de la pena, que implica la implosión de la pena por encima del extremo máximo previsto por el tipo penal.

V. BIBLIOGRAFIA

ANDALUZ, M., & GISSELA, I., *La reincidencia en los adolescentes infractores, los derechos de las víctimas y el principio de proporcionalidad* (Bachelor's thesis), 2018.

Acuerdo plenario, 1-2008/cj-116 (corte suprema 18 de julio de 2008).

BETETA, C. S., *Principios fundamentales en el nuevo proceso penal. Gaceta jurídica y Procesal penal*, 2013, pp. 7-28.

- COELLO GAMARRA, C. F., *Necesidad del cumplimiento de la totalidad o una parte de una pena privativa de libertad efectiva por delito doloso como requisito para establecer la condición de reincidente*, 2017.
- DEL CASTILLO, C., & JERIS, L., *La reincidencia en el derecho penal del enemigo, marco del principio de dignidad de la persona*, Poder Judicial Lima Centro, 2017.
- GARRO ABURTO, J. L., *Reincidencia y Habitualidad en Procesos Penales a Consecuencia de la Ley 30076*, 2017.
- GARCÍA, G. S., “Una mirada crítica al uso de la pena de prisión por los jueces”, *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas*, núm. 1, 2017.
- HANS HEINRICH JESCHECK, Thomas, *Tratado de derecho penal parte general vol. I*. Lima, Instituto Pacifico, 2014.
- HURTADO POZO, Jose, PRADO SALDARRIAGA, Victor, *Manual de derecho penal parte general tomo i*. Lima, Idemsa, 2011.
- RUBIO CORREA, Maracial, EGUIGUEREN PRAELI, Francisco, BERNALES BALLESTERO, Enrique, *los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.
- Proceso de inconstitucionalidad, 0014-2006-pi/tc (pleno judicial del tribunal constitucional 19 de enero de 2007).
- ROXIN, C., *Derecho penal parte general tomo I*, Madrid, Civitas, 2008.
- SALDARRIAGA, V. R. P., “La Reforma Penal en el Perú y la determinación Judicial de la Pena” en *Derecho & Sociedad*, núm. 32, pp. 228-242
- TERREROS, F. V., *Derecho penal parte general*, Lima, Grijley, 2007.

