

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024, 65-90
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9.782

Control de reiterancia delictiva Reincidencia

Control of criminal repetition
Recidivism

Controle de repetição criminosa
Reincidência

MARTÍN JESÚS CRISTÓBAL JIMÉNEZ
Ministerio Público
(Pasco, Perú)
mjcrystal@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0009-0007-2174-1261>

RESUMEN

El presente trabajo analiza los diferentes pronunciamientos respecto al instituto de la reincidencia a fin de identificar cada uno de los elementos que configuran dicho instituto. El objetivo es establecer los elementos necesarios para configurar la reincidencia, en la actualidad, en el marco de la ley vigente. Para ello, se analiza de manera exhaustiva la interpretación que se le da a dicho instituto para su configuración, en cuanto a la concurrencia de una pena privativa de libertad de carácter efectiva, la excarcelación del agente del establecimiento penitenciario en el que se encontraba internado, así como los pronunciamientos que ratifican la constitucionalidad del instituto de la reincidencia.

Palabras clave: reiterancia; reincidencia; reincidente; habitual; excarcelación.

Términos de indización: repetición; derecho; sanción penal; derecho penal; derechos de los prisioneros (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The present work analyzes the different pronouncements regarding the institute of recidivism in order to identify each of the elements that make up said institute in order to establish the necessary elements to configure recidivism at present, within the framework of current law, analyzing in an exhaustive manner the interpretation that has been given to said institute, regarding the concurrence of a custodial sentence of an effective nature, and the release of the agent of the penitentiary establishment in which he was interned, as well as the pronouncements that ratify the constitutionality of the institute of recidivism.

Key words: reiteration; recidivism; repeat offender; habitual; release.

Indexing terms: repetition; law; criminal sanction; criminal law; prisoners rights (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este trabalho analisa os diferentes pronunciamentos relativos ao instituto da reincidência, a fim de identificar cada um dos elementos que compõem o referido instituto, com o objetivo de estabelecer os elementos necessários para configurar a reincidência hoje, no âmbito da lei atual, analisando exaustivamente o interpretação que tem sido dada ao referido instituto para a sua configuração, nos termos da concordância com a pena privativa de liberdade efetiva, da libertação do agente do estabelecimento penitenciário em que esteve internado, bem como dos pronunciamentos que ratificam a constitucionalidade da instituto da reincidência.

Palavras-chave: reiteração; reincidência; reincidência; habitual; soltura.

Termos de indexação: repetição; direito; sanção criminal; direito penal; direitos dos prisioneiros (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 01/06/2023

Revisado: 20/05/2024

Aceptado: 30/05/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

La procedencia de la reincidencia como institución jurídico-penal ha sido objeto de distintos y disímiles pronunciamientos, en distintos tonos de interpretación, en cuanto a su configuración. En otras palabras, se ha analizado si la pena a la que se hace referencia tendría que ser de carácter efectivo o, por el contrario, esta pena tendría que ser de carácter suspendido. Asimismo, se ha debatido sobre el carácter constitucional o inconstitucional de la reincidencia, y últimamente se viene ventilando la fórmula que postula que, para que se produzca la reincidencia, el interno tendría que haber sido excarcelado del centro penitenciario en el que venía purgando condena. Por lo tanto, se hace necesario el análisis de los diferentes pronunciamientos en cuanto a la institución de la reincidencia, pues se presentan declaraciones que propugnan que la reincidencia no se presenta antes de que el agente sea internado en un centro penitenciario, ni antes de que este egrese de aquel lugar. Se ha cuestionado y debatido ampliamente sobre la configuración de la reincidencia ante la existencia de una pena efectiva y no una pena suspendida u otro carácter de pena. En ese sentido, es preciso analizar cada una de las posturas adoptadas y aceptadas por la comunidad jurídica en cuanto a la institución de la reincidencia, para lo cual es necesario partir de las más recientes en camino a las más antiguas.

Se ha publicado recientemente lo resuelto en el recurso de nulidad emitido por la Sala Penal Permanente, mediante Casación n.º 125-2021 del Santa. Al respecto, se precisa lo siguiente:

Según el artículo 46-B del Código Penal, el cumplimiento será total cuando el agente terminó íntegramente la pena impuesta. El cumplimiento se entenderá parcial cuando el agente sufrió solo una porción de la pena asignada, no toda ella. En este último caso, se entiende que el agente ha de haber dejado de cumplir la pena impuesta sea por su agotamiento o debido a situaciones tales como: excarcelaciones por beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del establecimiento penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera. («Fundada la casación»)

Cuando la nulidad en comento hace referencia a la reincidencia, parte de la siguiente premisa: después del cumplimiento de una pena, ya sea de forma total o parcial. Es decir, el dispositivo legal se refiere al cumplimiento total o parcial de una pena conminada, sin realizar ninguna distinción sobre el contexto fáctico de si el agente se encuentra internado en un centro penitenciario o si ha egresado del mismo.

En principio, la reincidencia trata de castigar los delitos cometidos posteriormente por una persona que ha purgado su condena (totalmente) o que se encuentra purgando su condena (parcialmente). Esto es, si el cumplimiento total de la pena significa que el interno ha estado recluido en un centro penitenciario durante la totalidad de la misma, el cumplimiento parcial de la pena, en consecuencia, significa que el interno ha estado recluido en un centro penitenciario por un periodo parcial, una porción de la pena. Esta situación implica que no se ha cumplido la totalidad de la pena, sin ser relevante si se ha producido o no la excarcelación del reo en dicho caso.

Dicha interpretación tendría sentido si la gravedad de la reincidencia dependiera de la permanencia del agente en un establecimiento penitenciario. Sin embargo, lo que se busca sancionar y se pondera es la pena por la comisión de un segundo delito (dos ilícitos) dentro de un determinado plazo, el cual no excede de 5 años, tal como lo establece el artículo 46-B del Código Penal.

En consecuencia, consideramos que resulta preciso establecer un tipo penal que contemple las características especiales y el contexto de la comisión de los delitos dolosos cometidos dentro de un penal. En otras palabras, ante la comisión de un ilícito penal mientras se purga una pena (condenado) o se está dentro de un establecimiento penal durante un proceso penal (procesados) y se incurre en un nuevo delito doloso, la pena por esta comisión respondería a la circunstancia especial de encontrarse en un centro penitenciario bajo la custodia de los agentes del INPE y, aun así, continuar cometiendo ilícitos penales. Esto es necesario dado que con la casación en mención se ha abierto un supuesto de hecho que no se encuentra regulado por nuestro sistema penal, específicamente en el artículo 46-B del Código Penal, en el que se prescribe lo siguiente:

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 [...] 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 capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 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. Tampoco se aplica el plazo fijado para la reincidencia si el agente previamente beneficiado por una gracia presidencial o por una norma especial de liberación, incurre en nuevo delito doloso; en estos casos 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.

2. ANÁLISIS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA REINCIDENCIA

De los pronunciamientos analizados sobre la concurrencia de la reincidencia, se han rescatado los más relevantes con el fin de identificar los elementos que configuran la reincidencia y sus diferentes aspectos:

2.1. La habitualidad y la reincidencia

Se puede apreciar la distinción necesaria que la Corte Suprema de Justicia de la República realiza entre la habitualidad y reincidencia:

13.º Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, y en torno a los problemas detectados y definidos en el numeral tres de los Antecedentes de este Acuerdo Plenario, se asumen los siguientes criterios de interpretación:

- a) *Sobre la operatividad paralela de las mismas circunstancias en disposiciones legales con funciones diferentes.* Queda claro que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Sólo 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, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional.
- b) *Sobre la eficacia de las agravantes cualificadas para la determinación judicial de la pena concreta.* La condición cualificada de una 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 de 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.º-B para dicho tipo de agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo original). (Acuerdo Plenario n.º 1-2008/CJ-116, fundamento 13)

En ese sentido, se puede considerar, del pronunciamiento en cuestión, que tanto la figura de la reincidencia como la de la habitualidad constituyen instituciones diferentes dentro del sistema penal. La primera es una circunstancia agravante cualificada, por la que la pena se incrementa hasta en dos tercios por encima del máximo legal de la pena conminada, como consecuencia de repetir la conducta delictiva o la reiteración delictiva dentro de un periodo de cinco (05) años. Por otro lado, la habitualidad se refiere a una conducta concurrente en uno o varios ilícitos penales sobre los cuales se tiene una única resolución criminal. Esta circunstancia o elemento unifica la conducta del delincuente, y lo convierte en un delincuente habitual, debido a la proclividad de este individuo a la comisión de ciertos ilícitos penales. A diferencia de una circunstancia agravante cualificada, como ocurre con la reincidencia, la habitualidad constituye una característica especial del sujeto activo, quien presenta una tendencia a la comisión de ilícitos penales, que constituye su forma de vida.

2.2. La excarcelación, entendida como el cumplimiento en parte de la pena, respecto de la reincidencia

La presente jurisprudencia entiende que es necesario que el agente sea excarcelado con el objeto de poder configurar la institución de la reincidencia en el caso en concreto. Ello se puede observar en su fundamento:

Fundada la casación.

Según el artículo 46-B del Código Penal, el cumplimiento será total cuando el agente terminó íntegramente la pena impuesta. El cumplimiento se entenderá parcial cuando el agente sufrió solo una porción de la pena asignada, no toda ella. En este último caso, se entiende que el agente ha de haber dejado de cumplir la pena

impuesta sea por su agotamiento o debido a situaciones tales como: excarcelaciones por beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del establecimiento penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera. (Casación n.º 125-2021-Santa, «Fundada la casación»)

En la presente jurisprudencia, se advierte que se exige que el agente haya dejado de cumplir la pena por alguna de las razones expuestas. Sin embargo, no se fundamenta ni se sustenta cuáles serían las bases fácticas o jurídicas que apoyen dicha afirmación, ya que la norma prevista en el artículo 46-B del Código Penal se limita a referirse al cumplimiento total o parcial de la pena. Es decir, no menciona o especifica a qué se refiere dicho cumplimiento total ni, mucho menos, el parcial.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia postula que necesariamente el agente deba haber egresado del centro penitenciario en el que se encuentra recluido para que los efectos de la reincidencia se apliquen:

Sumilla 1. Respecto de la **reincidencia** (artículo 46-B del Código Penal), a la fecha de comisión del delito, regía el Decreto Legislativo 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince. Es **reincidente** el agente que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso, concretamente en el delito de tráfico ilícito de drogas con agravantes (artículo 297 del Código Penal) —sin límite de tiempo [reincidencia de segundo grado]—. La pena, en los delitos graves enunciados por el tercer párrafo de la disposición legal inicialmente citada, se aumenta en no menos de dos tercios por encima del plazo legal fijado para el tipo penal. **2.** Un requisito de carácter objetivo de toda reincidencia es que el agente cometa otro delito después de haber cumplido en todo o en parte una pena por un delito doloso (reincidencia real y genérica), impuesta por una sentencia firme. Se requiere el cumplimiento total o parcial de la pena. El cumplimiento será total cuando el agente observó la integridad de la pena impuesta; ésta ya venció. El cumplimiento será parcial cuando el agente sufrió una fracción de la pena asignada,

no toda ella. El agente ha de haber dejado de cumplir la pena, sea por su agotamiento o, antes, por diversas circunstancias: excarcelaciones anticipadas vía beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del Establecimiento Penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera. (Casación n.º 399-2019-Lambayeque, «Sumilla»)

Se evidencia que el agente debe haber dejado de cumplir la pena, ya sea por su agotamiento o, previamente, por diversas circunstancias. Estas se enumeran, lo que da a entender que se trataría de una lista cerrada (*numerus clausus*), en la que únicamente cabrían las situaciones de excarcelación del centro penitenciario donde se cumplía la pena. Por consiguiente, la reincidencia no se aplicaría al agente que aún está purgando una condena dentro de un centro penitenciario, incluso si el segundo delito objeto del cómputo de reincidencia se ha cometido dentro de los cinco años estipulados por la norma sobre reincidencia. Esto se debe a que solo se hace referencia a la excarcelación anticipada por beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del establecimiento penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, entre otras.

2.3. Pena privativa de libertad como condición para la configuración de la reincidencia

La pena privativa de libertad de carácter efectiva se ha convertido en la única posibilidad de configuración de la reincidencia. Así lo establece la Corte Suprema de Justicia de la República:

Sumilla 1. La clase de pena que puede dar lugar a la reincidencia ha ido variando con el tiempo. Inicialmente se trataba de una condena o, mejor dicho, pena privativa de libertad efectiva. La Ley número 30076 varió el presupuesto material de la reincidencia —texto que en este punto mantiene el precepto vigente, y aplicable al *sub-lite*, instituido por el Decreto Legislativo número 1181—, pues ya no mencionó la expresión: «*condena privativa de libertad*», sino consignó la frase:

«una pena». Entonces, desde esa fecha, ya no se trata exclusivamente de la pena privativa de libertad, sino comprende toda clase de pena efectiva. (Casación n.º 1459-2017-Lambayeque, «Sumilla»)

El presente pronunciamiento recoge y reconoce el valor de la jurisprudencia encarnada en la comunidad jurídica y la práctica habitual de resolución en casos concretos. Es decir, al resolver sobre la reincidencia, siempre se ha entendido que se trata de la comisión de un delito por el que se le ha impuesto una condena anterior con pena privativa de libertad de carácter efectiva, y no sobre la condena suspendida u otro tipo de pena.

2.4. La comisión de un segundo ilícito penal, sin que el agente haya ingresado a un establecimiento penal

La Corte Suprema de Justicia establece que no es posible se configure la reincidencia si el agente no ha ingresado al establecimiento penitenciario respectivo:

Sumilla. El encausado, cuando delinquiró en este caso, tenía impuesta una pena privativa de libertad que aún no había cumplido —no estaba en cárcel como correspondía—. En estos casos es evidente que la segunda pena debe cumplirse luego de que finalice la primera pena impuesta con antelación. Esta adición no es consecuencia de una reincidencia, sino de una lógica sucesiva de ejecución de penas pendientes de cumplir. (Recurso de Nulidad n.º 116-2018-Lima Norte, «Sumilla»)

De este modo, el precedente analizado nos ofrece mayor claridad sobre las circunstancias que agravan el supuesto de hecho de la reincidencia, que la ubica en un rango intermedio de gravedad respecto del concurso de delitos. Esta circunstancia agrava la conducta del agente, lo que resulta en la suma de las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos de forma autónoma, y no solo hasta tres tercios o la mitad por encima del máximo legal, como corresponde a los reincidentes. Se entiende que estos han cumplido la totalidad de su pena o una porción de esta.

Por lo tanto, la excarcelación del agente como argumento para realizar el cómputo de la reincidencia pierde fuerza, ya que no es necesario que el agente sea excarcelado, sino que este haya cumplido o se encuentre cumpliendo una pena privativa de libertad de carácter efectivo.

2.5. Experiencia carcelaria

Al ingresar a un centro penitenciario, el agente delictivo adquiere ciertos conocimientos y características especiales. Es en virtud de estos conocimientos sobre el sistema penitenciario y las características adquiridas durante su estadía en un centro de reclusión que se le puede aplicar la institución de la reincidencia:

Reincidencia y necesidad de que la condena previa sea a pena privativa de libertad efectiva

Sumilla. La circunstancia de agravación cualificada de la reincidencia se aplica excepcional y restrictivamente a quien incurra en nuevo delito doloso en un lapso que no supere los cinco años a partir del cumplimiento total o parcial de una condena a pena privativa de libertad efectiva. En tales supuestos, la peligrosidad del agente y la necesidad de prevención especial justifican el trato pronunciadamente diferenciado, en términos de punición, que se tiene para con el reincidente conocedor de la experiencia carcelaria. (Recurso de Nulidad n.º 2101-2017-Lima Norte, «Sumilla»)

Se observa que el trato diferenciado conferido al agente catalogado como reincidente se fundamenta en las condiciones personales del propio individuo. Este posee un conocimiento profundo y directo del sistema penitenciario, lo cual es traducido como experiencia carcelaria. Esta situación está justificada por las características personales del agente y su nivel de peligrosidad, así como por la necesidad de una prevención especial que promuevan los fines de la pena.

2.6. Constitucionalidad de la ley que versa sobre el instituto de la reincidencia

En la acción de inconstitucionalidad de la ley sobre la reincidencia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad de la siguiente forma:

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*. [...]

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 2.º, inciso 24, literal «f», 37.º, 140.º y 173.º 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.º 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional. (Acción de Inconstitucionalidad en el Expediente n.º 0014-2006-P1/TC, fundamentos 23-24 y 38-39)

El Tribunal Constitucional ha realizado el respectivo test de constitucionalidad, que ha resultado en que la institución de la reincidencia no contraviene el principio de *ne bis in idem*, puesto que esta no infringe el principio de proporcionalidad, específicamente en su variante de prohibición o interdicción de exceso. Por lo tanto, la imposición de una pena adicional o más grave en caso de cometer un segundo delito después de haber cumplido total o parcialmente la pena del primer ilícito está justificada. En consecuencia, la ley que regula la reincidencia es considerada constitucionalmente legítima y no infringe ningún principio de carácter penal.

2.7. Inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional emite la siguiente sentencia:

51. 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.

52. 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 agravante de la pena atribuible al delito de terrorismo no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*. En este particular extremo, el artículo 9.º del Decreto Ley 25475 no adolece de vicio de constitucionalidad. (Acción de Inconstitucionalidad en el Expediente n.º 003-2005-PI/TC, fundamentos 51 y 52)

Se corrobora que la institución de la reincidencia no es inconstitucional, pues la pena establecida cuando se verifica la reincidencia sigue siendo proporcional. El tratamiento agravado dado a la reincidencia se justifica por la comisión de un segundo ilícito penal, incluso después de que el agente haya sido condenado y cumplido total o parcialmente la pena en un establecimiento penitenciario. Además de cumplir con la prevención especial respecto de la peligrosidad y propensión del agente a cometer delitos, también se sanciona la contravención a los fines de la pena, como son la reeducación, la resocialización y la reinserción a la sociedad. El agente reincidente no solo quebranta en dos oportunidades el sistema penal, sino que desvirtúa y desnaturaliza los propósitos del sistema penitenciario y los objetivos de la pena.

3. JERARQUÍA DE PRINCIPIOS Y NORMAS APLICADA A LA REINCIDENCIA

Es necesario establecer una estructura organizada jerárquicamente sólida, que parta de un nivel superior hacia uno inferior, fundamentada ampliamente en sus bases. Estas no pueden limitarse a normas positivizadas y circunstanciales, muchas veces populistas. Existe una clara incongruencia en la aplicación de dichas normas positivas, puesto que mientras el tiempo transcurre y las circunstancias cambian dependiendo del espacio donde ocurran los fenómenos delictivos, las normas positivas permanecen estáticas y se pretenden aplicar a un territorio extenso que, por naturaleza, presenta características y condiciones individuales, singulares, únicas y distintas entre sí.

En particular, dichas normas positivas no se aplican retroactivamente a hechos ocurridos antes de su vigencia, lo cual genera problemas de aplicación e interpretación, dado que dichas normas han sido pensadas y redactadas en épocas distintas. Con el paso de los años, se pueden advertir dificultades en su interpretación, ya que resulta complejo aplicar una norma positiva a un hecho concreto debido a la falta de sincronización temporal entre el momento de la promulgación de la norma y el momento

en que ocurrió el hecho, tomando como referencia el contexto temporal que inspiró la producción normativa.

A partir de los argumentos previos como base, nos inclinamos a postular la siguiente estructura jerárquica sobre la cual se tendrían que respaldar futuros pronunciamientos respecto de la interpretación y la aplicación de la ponderación sobre el caso particular de la reincidencia:

Objetivo y fin. La base de esta estructura debe estar conformada por el objetivo que se pretende alcanzar con dicha norma positiva. Es decir, se debe entender hacia dónde está encaminada dicha norma y cuál es su fin.

Norma positiva. En un segundo peldaño, debe encontrarse la norma misma, a fin de analizar su estructura lingüística y su procedencia dentro del ordenamiento jurídico de forma sistemática.

Ofensividad y proporcionalidad. En un tercer peldaño, debe considerarse el perjuicio ocasionado o el incremento del peligro, conforme el principio de ofensividad. Esto implica que la conducta tenga la capacidad de producir perjuicio y vulnerar un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico penal. Es importante discernir sobre el alcance del derecho penal, pues este actúa como *ultima ratio*.

Con estricta observancia del principio de proporcionalidad, se busca evitar condenas y sanciones desproporcionadas. Este principio se sustenta en el bien jurídico vulnerado, la responsabilidad y la participación del sujeto activo (individuo activo). Se diferencia fácilmente entre la comisión, la omisión y la comisión por omisión cuando existe un deber de garante. Se considera la responsabilidad tanto a título de dolo como de culpa, que incluye el dolo eventual y otros tipos de dolo reconocidos por el ordenamiento jurídico vigente.

Legitimidad. La legitimidad de la acción debe de evaluarse a fin de determinarse si la conducta transgrede o contraviene los preceptos de determinada norma o normas legales. De este modo, se puede determinar el grado de ilegitimidad respecto del número de normas que se contraviene o se transgrede.

Principio interviniente. La norma positiva obedece a un principio del derecho, que tiene carácter y condición de derecho fundamental y está relacionado con los derechos humanos reconocidos por el Estado, al que se le atribuye el *ius puniendi*. Todo ello se inspira en una justicia universal en constante desarrollo. Por ello, resulta necesario que estos principios se erijan como el único soporte y guía para el futuro del derecho penal y, en consecuencia, del ordenamiento jurídico.

Valor. Es esencial considerar siempre una interpretación que, sin perjuicio de la subsunción en las normas positivas aplicables al caso concreto y sus consecuencias posteriores, como ocurre comúnmente en la aplicación normativa. Por lo tanto, resulta fundamental para todo operador jurídico observar estrictamente el valor que se está discutiendo en determinada interpretación (ponderación), para que el caso se resuelva a favor de ese valor en mención y no basado solo en la política criminal temporal aplicada en un determinado espacio físico, lo cual podría desnaturalizar la vocación de justicia esperada.

4. ANÁLISIS DEL DISPOSITIVO LEGAL SOBRE REINCIDENCIA

Después de haber cumplido total o parcialmente una pena, aquel que incurre en un nuevo delito doloso dentro de un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente.

En principio, el concepto «El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena» se divide en dos partes: el que ha cumplido íntegramente la pena impuesta, lo que se entiende perfectamente, y el aspecto aún discutible de «El que, después de haber cumplido en parte una pena». Esto se refiere a aquel que, sin cumplir totalmente con la pena impuesta, comete un nuevo delito doloso. No es necesario precisar exactamente a qué se refiere dicho extremo, en tanto debe entenderse únicamente que no se completó la pena en su totalidad. De esta forma, la excarcelación del agente del centro penitenciario donde estuvo recluso no es relevante en este contexto, ya que, como se verá en el siguiente capítulo, este aspecto no afecta la evaluación de la gravedad en la aplicación de la reincidencia.

4.1. Analicemos el extremo central de la condición de reincidente: «incurrir en nuevo delito doloso»

El aspecto central y el objeto de la institución de la reincidencia es justamente evitar la comisión de un segundo ilícito penal por parte de quien anteriormente ha sido condenado y ha cumplido su condena parcial o totalmente. De esta manera, se refuerza la prevención general que existe sobre toda norma conminada con una pena determinada, en tanto que ante la concurrencia de la reincidencia dicha pena se incrementa hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal o se aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

4.2. Valor negativo y valor positivo de la norma analizada

La norma primaria en el caso de reincidencia sería no cometer un nuevo delito en un determinado plazo y, por ende, la norma secundaria vendría a ser: «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».

El valor vendría a ser «evitar la reiterancia delictiva».

Norma primaria: no incurrir en nuevo delito

Norma secundaria: incurrir en nuevo delito doloso

En consecuencia, dicha prohibición pretende evitar que los delincuentes primarios vuelvan a cometer ilícitos penales, circunstancia que agrava su situación. No se trata de que estos cometan nuevos ilícitos penales estando al interior o exterior de un centro penitenciario luego de haber cumplido o estar cumpliendo una pena.

El presente trabajo postula que el instituto de la reincidencia en el Perú tiene como fin último aumentar la severidad de las sanciones impuestas a individuos que, en una primera instancia, han cometido un delito y han sido condenados por el mismo. Esto se enmarca dentro de los fines de la pena, los cuales incluyen la protección general y especial, que

busca prevenir que un delincuente, que ha cumplido total o parcialmente la pena, reincida en la comisión de un nuevo ilícito penal, que agrave así el alcance de su conducta. El instituto de la reincidencia funciona como una advertencia destinada a evitar que el mismo condenado vuelva a delinquir, y cumple así el objetivo final de la ley penal y de la prevención especial.

En el contexto positivo o preventivo-integrador, se busca reintegrar, resocializar y reeducar al delincuente condenado. Por otro lado, en el contexto negativo, la conducta actúa como una forma de disuasión individual para alejar al delincuente potencial de la criminalidad. Ello resulta ser un auxiliar indispensable y necesario de la pena, la imposición de una sanción más grave ante la comisión de un nuevo ilícito penal, lo que resulta aflictivo para cualquier individuo, aplicable tanto cuando el condenado está cumpliendo la pena inicial de forma parcial como cuando ya la ha cumplido en su totalidad.

5. LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

Esta postura cuenta con respaldo del derecho comparado español, específicamente en la sentencia emitida por el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de Madrid, en el Recurso de Casación STS 5889/2003, de fecha 30 de setiembre del 2003, que precisa lo siguiente:

El fundamento de la reincidencia es la mayor peligrosidad que se acredita en el sujeto por su inclinación a cometer la misma clase de delito, por lo que el plus de punición se justifica por una razón de prevención especial orientada a la reforma de aquella inclinación, por más que, desde otra perspectiva más criminológica, la reincidencia acredite el fracaso de la respuesta carcelaria. En todo caso, es obvio que la exigencia de que sean de la misma naturaleza supone que morfológicamente, la forma de ataque al bien jurídico sea o provenga desde y a través de una misma manera, y ello no ocurre en quien vende droga y luego –o antes– ha alterado sustancias alimenticias, aunque ambas infracciones estén en el mismo Título del Código. (antecedente sexto, párr. 10)

No se comparte el presente pronunciamiento en lo referente a la exigencia de homogeneidad de los ilícitos que son objeto de reincidencia, especialmente si estos se encuentran dentro de un establecimiento penitenciario. Dicha circunstancia evidencia las deficiencias de nuestro sistema penitenciario y lo lejos que se encuentra alcanzar la meta de resocialización. Si se aplicara esta premisa estrictamente, los condenados que han cumplido total o parcialmente su condena no podrían cometer nuevamente ilícitos de la misma naturaleza por los que fueron objeto de condena, pero se encontrarían habilitados para la comisión de nuevos ilícitos de distinta naturaleza. Esto resulta contradictorio para un sistema que busca la prevención general y especial de la conducta criminal, sin importar la naturaleza del delito.

Por otra parte, es necesario desarrollar un articulado especial sobre la comisión de ilícitos y faltas administrativas por parte de los condenados que purgan condena, al igual que los procesados que se encuentran, bajo medidas cautelares personales, reclusos dentro de establecimientos penitenciarios.

Se incrementa la gravedad de la pena cuando, estando el condenado bajo la tutela del Estado, comete un nuevo ilícito penal doloso, incluso más grave si ocurre dentro de un centro penitenciario custodiado por personal del INPE. Esto no solo contraviene las normas generales que cualquier ciudadano debe cumplir sino también las normas y reglamentos de un establecimiento penitenciario y las normativas penitenciarias. Esta situación, según el presente trabajo, incrementa la gravedad de la conducta delictiva cometida por el interno.

Es ampliamente conocido socialmente que, desde los centros penitenciarios se cometen frecuentemente ilícitos penales graves, tales como la extorsión, secuestro, sicariato, entre otros. Por lo tanto, el hecho de estar recluso en un centro penitenciario no puede resultar como un escudo protector del delincuente. Es inaceptable que, dentro de la comodidad de su celda, ordenen y comanden la comisión de los más atroces ilícitos penales, al igual que la comisión de ilícitos por propia mano, que son cometidos dentro de los recintos penitenciarios y muchas veces no existen

mayores diligencias. A menudo, estos actos se presumen bajo la suposición de un ajuste de cuentas o de que fue «muerto en su ley». Si se acepta esta situación, se estaría concediendo la razón a los que postulan la abolición del derecho penal, por cuanto se estaría desnaturalizando los fines del derecho penal y se crearía una especie de trinchera criminal, donde los delincuentes condenados por un delito inicial podrían cometer cualquier ilícito penal, sin la sanción enérgica que debería corresponder al contravenir por una segunda vez el ordenamiento jurídico penal.

Asimismo, en el Recurso de Casación n.º 399-2019-Lambayeque, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, se precisa:

2. Un requisito de carácter objetivo de toda reincidencia es que el agente cometa otro delito después de haber cumplido en todo o en parte una pena por un delito doloso (reincidencia real y genérica), impuesta por una sentencia firme. Se requiere el cumplimiento total o parcial de la pena. El cumplimiento será total cuando el agente observó la integridad de la pena impuesta; ésta ya venció. El cumplimiento será parcial cuando el agente sufrió una fracción de la pena asignada, no toda ella. El agente ha de haber dejado de cumplir la pena, sea por su agotamiento o, antes, por diversas circunstancias: excarcelaciones anticipadas vía beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del Establecimiento Penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera. («Sumilla»)

Cuando se señala la reincidencia real y genérica, se hace referencia al cumplimiento total o parcial de un lapso de cinco años. Se entiende que el cumplimiento será total cuando el agente ha cumplido la integridad de la pena impuesta, que ya expiró, circunstancia que no se encuentra en discusión. En contraste, se considera el cumplimiento parcial cuando el agente ha cumplido solo una fracción de la pena asignada, no toda ella. La idea de que el agente haya dejado de cumplir la pena es una adición que no se extrae de la norma positiva, y que evidentemente se contradice

con el primer enunciado. La norma únicamente precisa el cumplimiento parcial cuando el agente ha experimentado una fracción de la pena asignada, no toda ella. Por lo tanto, la precisión posterior en cuanto al agotamiento por diversas circunstancias: excarcelaciones anticipadas vía beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del establecimiento penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera, resulta innecesaria, injustificada y además incongruente con los fines de la pena, en su vertiente especial.

De igual forma, en el Recurso de Nulidad n.º 181-2018-Lima Norte, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se precisa:

SÉPTIMO. Que es evidente, sin embargo, que ambas figuras jurídico penales no pueden concurrir: o se es reincidente o se aplica el concurso real retrospectivo. La reincidencia claramente no concurre porque el delito juzgado en esta causa es de fecha anterior a la sentencia que impuso pena efectiva al recurrente. El concurso real retrospectivo requiere de un trámite contradictorio previo —que no se hizo en este plenario—, con intervención de la Fiscalía Superior y del imputado, así como con la ulterior determinación por el Tribunal Superior de la aplicación o no del artículo 51 del Código Penal. Cabe indicar que si el Tribunal Superior mencionó la reincidencia pero no la aplicó en el fallo, por lo que no cabe pronunciamiento alguno para reformar la pena. (fundamento 7)

Se advierte del pronunciamiento anterior, que tanto la institución de la reincidencia como el concurso real retrospectivo versan sobre diferentes instituciones. Por lo tanto, no se pueden confundir entre ellas, pues la naturaleza y el objetivo son totalmente diferentes. La reincidencia pretende prevenir la comisión de nuevos ilícitos penales por parte de agentes primarios con condena firme y que hayan cumplido su pena de forma total o parcial. Esta institución se centra en hechos futuros con respecto de la condena y su cumplimiento, a diferencia del concurso real retrospectivo, donde se presenta o se conoce la comisión de un ilícito

anterior a la condena y cumplimiento de la pena emitida posteriormente. En este último caso, se desconocía sobre la comisión del primer ilícito penal.

6. CONCLUSIONES

En consecuencia, se desprende del desarrollo de las distintas aristas y la estructura que conforma la institución de la reincidencia lo siguiente:

6.1. La esencia y fin de dicha institución es evitar que los delincuentes primarios vuelvan a cometer ilícitos penales, circunstancia que agrava su situación, y no el hecho de que estos cometan nuevos ilícitos penales encontrándose al interior o exterior de un centro penitenciario, luego de haber cumplido total o parcialmente una pena.

6.2. El instituto de la reincidencia tiene como fin sancionar con mayor gravedad las conductas cometidas por el individuo que, en una primera oportunidad y dentro de un periodo de cinco años, ha cometido un delito y ha sido condenado. Esto se enmarca dentro de los fines de la pena, que incluyen protección general y especial. En este contexto, el análisis se centra precisamente en la llamada protección especial, que se enfoca en prevenir que el delincuente que ha cumplido total o parcialmente la pena no vuelva a cometer un nuevo ilícito penal. La reincidencia agrava la pena sobre la ejecución del segundo delito, que funciona como un apercibimiento o advertencia para que el delincuente primario reconduzca su conducta criminal dentro del marco social del Estado.

6.3. Las condiciones y características especiales con las que cuenta un reo que se encuentra recluido al interior de un penal, sin importar su condición de procesado o condenado, constituyen actualmente una herramienta que les sirve de escudo y que los dota de una aparente impunidad en la comisión de algunos ilícitos dentro de los penales. Al interior de los mismos, se coordina la comisión de delitos graves, como el sicariato, donde el autor intelectual actúa casi como en una especie de supermercado, eligiendo a qué delincuente contactar o contratar directamente para ejecutar dicho acto delictivo. Pese a que estas acciones se encuentran penadas dentro de

nuestro derecho sustantivo, la persecución e investigación de la ejecución de dichas conductas dentro de un centro penitenciario resulta muy difícil. De igual forma, se suele investigar y procesar a los denominados «burros o mulas», personas que se encargan de ingresar diferentes sustancias ilícitas (drogas) al penal; sin embargo, se advierte que dicha conducta ilícita es promovida por los internos dentro de los penales, y evidentemente estos individuos tienen participación activa como autores en el delito de tráfico ilícito de drogas. De este modo, al valerse de otras personas que se encuentran en libertad, ellos se encuentran aparentemente cubiertos. En adición, el ambiente cerrado de los penales facilita la filtración de dispositivos y equipos de telecomunicaciones, y lo más preocupante es que se cuenta con la participación de otros sujetos con las mismas características e inclinaciones delictivas. Por estas razones, es imperativo que estas conductas reciban un tratamiento especial y sean castigadas con mayor severidad y celeridad, tanto en el ámbito administrativo como penal, por la total deslealtad hacia las normas vigentes.

7. RECOMENDACIONES

7.1. Resulta necesario que se desarrolle un articulado especial para abordar la comisión de ilícitos y faltas administrativas cometidas por los individuos condenados que cumplen condena, así como por aquellos procesados que se encuentran con medidas cautelares personales reclusivos dentro de establecimientos penitenciarios. Se debe incrementar la gravedad de la pena cuando un condenado, bajo la tutela del Estado e incluso dentro de un centro penitenciario custodiado por personal del INPE, comete un nuevo ilícito penal doloso. Esta conducta no solo contraviene las normas generales que todo ciudadano debe cumplir, sino también las normas y reglamentos de un establecimiento penitenciario y las normas penitenciarias. Desde esta perspectiva, se enfatiza en el incremento de la gravedad de la conducta delictiva cometida por el interno o infractor.

7.2. Como sustento de carácter social, es crucial reconocer que los centros penitenciarios son escenarios donde se vienen produciendo la comisión de ilícitos penales graves, como extorsión, secuestro, sicariato, entre otros. Por lo tanto, estar recluso en este espacio no debería servir como un escudo protector para el delincuente. Desde la comodidad de su celda, algunos reclusos ordenan y comandan la comisión de los más atroces ilícitos penales, así como la comisión de ilícitos perpetrados por ellos mismos, que son cometidos dentro de los recintos penitenciarios y muchas veces no existen mayores diligencias, en tanto se presume un ajuste de cuentas y que habría «muerto en su ley». De lo contrario, tendríamos que conceder razón a los que postulan la abolición del derecho penal, ya que se estarían desnaturalizando los fines del derecho penal y se crearía, por el contrario, una trinchera criminal, desde donde los delincuentes culpables y condenados por un delito inicial pueden cometer cualquier ilícito penal sin la sanción enérgica que debería corresponder al contravenir por una segunda vez el ordenamiento jurídico penal. Esta situación se agrava cuando el infractor ya se halla recluso al interior de un penal, puesto que dicha condición lo dota de ciertas características y condiciones.

REFERENCIAS

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Acción de Inconstitucionalidad en el Expediente n.º 003-2005-PI/TC (2006). Tribunal Constitucional (9 de agosto de 2006).

Acción de Inconstitucionalidad en el Expediente n.º 0014-2006-P1/TC (2007). Tribunal Constitucional (19 de enero de 2007).

Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 (2008). Corte Suprema de Justicia de la República (18 de junio de 2008).

Casación n.º 1459-2017-Lambayeque (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (20 de setiembre de 2018).

Casación n.º 399-2019-Lambayeque (2020). Corte Suprema de Justicia de la República (4 de noviembre de 2020).

Casación n.º 125-2021-El Santa (2022). Corte Suprema de Justicia de la República (18 de octubre de 2022).

Casación STS 5889/2003-Madrid (2003). Tribunal Supremo (30 de setiembre de 2003).

Recurso de Nulidad n.º 2101-2017-Lima Norte (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (29 de enero de 2018).

Recurso de Nulidad n.º 181-2018-Lima Norte (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (20 de marzo de 2018).

Recurso de Nulidad n.º 116-2018-Lima Norte (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (19 de abril de 2018).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflictos de intereses.

Contribución de autoría

Contribución integral en el artículo completo.

Agradecimientos

Agradezco a los jueces de la Corte Suprema por los diferentes fallos que han venido emitiendo, lo que brinda luces sobre el tratamiento actual de la reincidencia.

Biografía del autor

Martín Jesús Cristóbal Jiménez, maestro en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Continental. Máster en Política Criminal por la Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fiscal adjunto provincial titular de la 2FPCC-Pasco.

Correspondencia

mjcristobal@mpfn.gob.pe