

**UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO**

TITULO:

“LA REINCIDENCIA Y EL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN DEL INTERNO”

ASESOR:

DR. JOSE LUIS DIAZ LLANOS

AUTOR:

Bach. GERSON DANIEL SALAZAR CALDERÓN

Lima – Perú

2016

INDICE

INTRODUCCION.....	05
1. EL PROBLEMA	
1.1. Planteamiento de la problemática.....	07
1.2. Formulación del problema.....	07
2. JUSTIFICACIÓNDELA INVESTIGACIÓN.	
2.1. Justificación Teórica.....	07
2.2. Justificación Metodológica.....	08
2.3. Justificación Práctica.....	08
2.4. Justificación Social.	08
3. OBJETIVOSDELA INVESTIGACIÓN	
3.1. Objetivos Generales.....	09
3.2. Objetivos Específicos.....	09
4. HIPÓTESIS	
4.1. Hipótesis Generales.....	09
4.2. Hipótesis Específicas.....	10
5. MARCOTEORICO	
5.1. Antecedentes Teóricos de la investigación.....	10
5.2. Bases Teóricas	10
5.3. Teorías Imperantes.....	11
5.3.1. Los derechos fundamentales de los reclusos y la limitación de su ejercicio.....	11
5.3.2. La limitación al ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos en el marco de la relación “recluso — Administración Penitenciaria”.....	12

5.4.	Teoría Seleccionada.....	13
5.4.1.	La naturaleza y fines de la pena.....	13
5.4.1.1.	Justificación y naturaleza de la pena.....	13
5.4.2.	Las teorías de la pena y la importante mirada constitucional al Derecho Penal.....	15
5.4.3.	Determinación Judicial de la Pena.....	20
5.4.4.	Reincidencia y habitualidad.....	20
5.4.4.1.	Reincidencia.....	21
5.4.4.2.	Habitualidad.....	24
5.4.5.	Principio de proporcionalidad	25
5.4.5.1.	Justificación del principio de proporcionalidad.....	26
5.4.5.2.	Dimensiones del principio de proporcionalidad.....	28
5.4.6.	El principio de proporcionalidad en el derecho penal	29
a.	Campos de verificación del principio de proporcionalidad.....	29
b.	Una misma lógica operativa.....	30
c.	El juicio de adecuación o de idoneidad.....	32
d.	El juicio de necesidad.....	33
e.	El principio de protección de bienes jurídicos.....	34
f.	El principio de intervención mínima.....	35
g.	El juicio de proporcionalidad en sentido estricto.....	36
h.	Proporcionalidad en la previsión legislativa o proporcionalidad abstracta.....	37
i.	Proporcionalidad en la aplicación de las penas o proporcionalidad concreta.....	38
5.5.	Marco Jurídico.....	39
5.5.1.	Código Penal.....	39
5.5.2.	Código De Ejecución Penal.....	46
5.6.	Glosario de términos básicos.....	50

6. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

6.1.	Tipo de investigación.....	53
-------------	----------------------------	----

6.2. Discusión.....	53
7. CONCLUSIONES.....	54
8. RECOMENDACIONES.....	54
9. FUENTES DE INFORMACIÓN	
9.1. Bibliografía.....	55
9.2. Normativa Nacional.....	56

INTRODUCCION

Es interesante para el investigador mencionar sobre los sujetos reincidentes pues ayuda a analizar sobre la existencia de este personaje y cómo tratarlo a nivel legislativo teniendo en cuenta el principio de reintegración, o en todo caso, esto lo podemos aceptar solo cuando mencionamos “Reincidentes” ya que estamos retrocediendo a los llamados “Derecho penal del enemigo” o a la aplicación de la denominada “Ley del talión”, el “ojo por ojo y diente por diente”. Evidentemente q la normativa vigente que regula el problema de la reincidencia en nuestro país tiende a tornarse más estricta, como lo demuestran las últimas reformas legales, en los años 2006, 2009, 2010, 2013 y junio de 2015. El más reciente de los objetos de un proceso de inconstitucionalidad en 2007, en el que la Corte Constitucional falló a favor de la constitucionalidad de la norma controvertida que regula el tema de la reincidencia. El análisis realizado en este estudio reconoce a un rango de observación constitucional, para ello, identificamos que es fundamental acudir al derecho penal en general para notar que el cuadro de reincidente esta asumida con mayor rigor. El sistema criminal no cree en la capacidad de rehabilitación a los llamados infractores reincidentes. Por ende, tomando en consideración el punto de confluencia del grado final de la sentencia y de la penitencia; es una prevención especial del efecto de mediación, es decir, juicio de resocialización; es claro que en este caso no se cumple en absoluto la intención de aplicar la precaución especial antes mencionada, pues se parte del supuesto de que el sujeto tiene una fuerte resistencia a la admisión de reglas legales. Sin embargo, también hay que cuestionarse qué tan bien funciona el propio sistema penitenciario, si realmente cumple con la finalidad debida, pues muchos de los individuos reincidentes se le aplica una condena más dura que a los otros, no obstante, en algunos casos la condena impuesta se dará en las condiciones necesarias para que se pueda llevar a cabo la

rehabilitación. Lo último mencionado es primordial, ya que los recientes cambios legales en nuestro país prevén la posibilidad de restringir el acceso a la aplicación de ciertos servicios penitenciarios en caso de reincidencia. Todo esto nos lleva a cuestionar la teoría de que en la práctica nuestro derecho trata sobre el propósito de los juicios y la aplicabilidad o eficacia del sistema, y en estos casos se dispondrá de castigo.

1. EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento de la problemática

En la formulación del presente trabajo de suficiencia profesional, hemos advertido que surgen diversas interrogantes aún sin resolver o estas aún sin una explicación jurídica, respecto a la realización del principio de reintegración para los acontecimientos de los resocializados, esto es en el caso de las personas reincidentes que han sido privadas de su libertad.

1.2. Formulación del problema

- a) ¿Qué beneficios penitenciarios que están excluidos en caso de que el solicitante sea reincidente?
- b) ¿Qué fundamento legal distinto al Código Sustantivo excluye a los reincidentes del acceso a los beneficios penitenciarios?
- c) ¿Qué repercusión tiene el tratamiento penitenciario en caso de reincidentes?
- d) ¿Por qué la reincidencia solo excluye a ciertos delitos de los beneficios penitenciarios?
- e) ¿Cuál es la justificación legal que opera en nuestro sistema jurídico para reincidentes y su exclusión de ciertos delitos?

2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

2.1. Justificación Teórica

En este aspecto el presente trabajo de suficiencia profesional encuentra su justificación en la necesidad de establecer un criterio teórico jurídico con relación a los

agentes de delitos de comisión dolosa que se encuentran excluidos por reincidencia, ello dado que la norma sustantiva de nuestro sistema jurídico excluye a ciertos delitos por reincidencia o habitualidad de los beneficios penitenciarios.

2.2. Justificación Metodológica

Se aplicará un método de recopilación de información estadística, teórica, doctrinaria, jurisprudencial y las que fueren necesarias para resolver la problemática planteada, información que llevara al autor del presente trabajo a hallar una posible respuesta al presente trabajo de suficiencia profesional.

2.3. Justificación Práctica.

Se centra en la necesidad aportar a la sociedad información semejante a la realidad social de aquellos que no son operadores del derecho, esto es la sociedad, a afectos de que de manera fácil y sencilla puedan entender el porqué de algunos hechos delictivos son merecedores de beneficios penitenciarios y otros no, en especial cuando se trata de acciones delictivas por agentes reincidentes.

2.4. Justificación Social.

Partimos desde el supuesto que toda norma está destinada a regular actividades de la sociedad, en especial las normas penales están destinadas a regular de manera preventiva y coercitiva las relaciones intersubjetivas de los ciudadanos del estado, todo ello bajo ciertas sanciones a imponérsele al sujeto que transgrede aquellos supuestos normativos, más aún cuando este transgrede de manera reiterada las normas impartidas por el estado; ante ello el presente trabajo de suficiencia profesional encuentra un sustento social al pretender establecer el sentido de la norma al excluir a aquel agente reincidente de los beneficios prémiales para las penas que el propio estado otorga.

3. OBJETIVOSDELA INVESTIGACIÓN

3.1. Objetivos Generales.

Establecer jurídica y normativamente, esto en una relación estrecha para la aplicación del derecho, la finalidad que ha tenido el legislador al excluir algunos delitos en cuanto al acceso para los beneficios penitenciarios,

3.2. Objetivos Específicos

- a) Establecer las diferencias sustanciales entre el agente primario de comisión de delito, el agente reincidente y el habitual, ello a efectos de cumplir con el objetivo principal del presente trabajo.
- b) Señalar de manera pormenorizada los beneficios penitenciarios excluidos del ámbito de aplicación de delito por reincidencia.
- c) Explicar la justificación que ha tenido y sostiene a través del tiempo el legislador para excluir al agente reincidente de los beneficios penitenciarios.

4. HIPÓTESIS

4.1. Hipótesis Generales

El presente trabajo brindara al lector una apreciación jurídica, normativa y práctica, sobre la necesidad que tiene las normas para excluir de los beneficios penitenciarios a los agentes de comisión delictiva que tienen la calidad especial de reincidentes.

4.2. Hipótesis Específicas.

- a) Desarrollaremos y fijaremos los delitos y las circunstancias especiales que se requieren para el acceso a los beneficios penitenciarios en caso de reincidentes.
- b) El desarrollo normativo y jurisprudencial enfocado al presente trabajo será de vital importancia para el desarrollo del mismo, ello será parte del señalamiento de soluciones al problema planteado.

5. MARCOTEORICO

5.1. Antecedentes Teóricos de la investigación.

Es preciso señalar que en relación al presente trabajo de suficiencia profesional, el autor no ha advertido en el proceso investigatorio la realización de trabajos iguales o similares que permitan determinar o dar solución a la problemática planteada en el presente.

5.2. Bases Teóricas

Según señala Zaffaroni:

“La recuperación del pleno derecho penal de garantías daría un paso sumamente significativo con la abolición definitiva de la reincidencia y de sus cercanos conceptos, evocativos en todos los tiempos de las desviaciones autoritarias respecto de los principios fundamentales del derecho penal liberal y, especialmente, del estricto derecho penal de acto.”¹

¹Zaffaroni, Eugenio Raúl; «Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal», Caracas: Monte Ávila Editores, 1992, Pag. 117-131.

Señala Eduardo Oré Sosa:

“El art. 46-B del CP recoge un supuesto de reincidencia genérica y real. Es genérica, por cuanto el legislador no exige que el segundo delito sea de igual o semejante ámbito, basta con cometer un fraude. Es real en la medida en que el castigo por la primera infracción debe ejecutarse total o parcialmente. En este aspecto, la Ley 30076 parece haber ampliado el alcance de la reincidencia, porque si el legislador hubiera considerado anteriormente cumplir [la totalidad o parte de la condena] su castigo sería pena privativa de libertad”.²

5.3. Teorías Imperantes

5.3.1. Los derechos fundamentales de los reclusos y la limitación de su ejercicio.

En general, podemos decir que “siendo el recluso internado en un centro penitenciario sujeto de derecho, como regla general disfrutará de los derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos, si bien sobre la base del régimen jurídico especial al que se encuentra sometido, algún derecho aparece imposibilitado en su ejercicio –como es el caso del derecho de la libertad- y otros aparecen limitados o restringidos”.

Por tanto, para poder hacer un estudio holístico y determinado de cada uno de los derechos fundamentales de los detenidos, es importante tener en cuenta que un examen de este tipo nos pone ante la necesidad de tener claro lo que significa. El uso del término "derechos fundamentales", así como las restricciones que puedan imponerse; porque solo así podemos analizar la

²Oré Sosa, Eduardo; determinación judicial de la pena. reincidencia y habitualidad. a propósito de las modificaciones operadas por la ley 30076; Instituto de Ciencia Procesal Penal; Pág. 18.

constitucionalidad de las restricciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales por parte de los presos en nuestro ordenamiento jurídico, desde la perspectiva de los precedentes nacionales y comparativos.

5.3.2. La limitación al ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos en el marco de la relación “recluso — Administración Penitenciaria”.

El suceso del “Instituto de Rehabilitación del Adolescente Vs. Paraguay es una de las situaciones en los que la Corte Interamericana se pronunció sobre las consecuencias de la privación de libertad, por lo que el referido organismo internacional insiste en esta expropiación” trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática”. Del mismo modo, en el caso anterior, el tribunal también ha decidido que hay derechos que no se pueden restringir de ninguna manera, debido a que “la restricción de otros derechos, por el contrario – como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso – no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no

sometida a privación de libertad”. Sin embargo, como veremos en los posteriores capítulos, si bien estos derechos no están limitados, su ejercicio suele complicarse en la práctica por el estilo de vida o las condiciones de detención del detenido.

Aba Catoira define que “con el ingreso en un centro penitenciario nace una relación jurídica especial, entre el recluso y la Administración penitenciaria, que será origen de un entramado de derechos y deberes para las dos partes. Del análisis de los derechos y deberes propios de una situación de internamientos se afirma la posición más débil que ocupa el recluso frente al Estado”.

Del mismo modo, Klaus Tiedemann “la tipificación de delitos, influye y limita las garantías constitucionales”. Esta aseveración ilustra el carácter complejo de la vinculación entre el Estado y el detenido, ya que, como se mencionó anteriormente, el ejercicio y realización de los derechos básicos por parte de los sujetos privados de libertad dependerá en gran medida de la actuación de quienes administran el proceso penal.

5.4. Teoría Seleccionada

5.4.1. La naturaleza y fines de la pena

Aunque este estudio tiene como objetivo realizar un análisis desde una perspectiva constitucional de todos los temas relevantes. En esta etapa, es forzoso acudir al Derecho Penal para comprender la naturaleza y el propósito de la sentencia.

5.4.1.1. Justificación y naturaleza de la pena

Comenzamos por definir la denominada justificación de la

sentencia, señalando que se ha abordado desde tres niveles: el nivel del Estado político, el otro nivel psicosocial y el tercer nivel moral personal.

El primer nivel o “justificación estatal y gubernamental del castigo” es necesaria para la conservación del Ordenamiento jurídico como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad. (...) Sin la pena el Derecho dejaría de ser un Ordenamiento coactivo para quedar reducido a normas puramente éticas. Como expresión del poder estatal la pena pertenece a toda comunidad fundada sobre normas jurídicas”

De acuerdo a la justificación de clase “social – psicológica de la pena”, se dice que “la pena es necesaria para satisfacer la necesidad de justicia de la comunidad”. En este sentido, sostenemos que este tipo de justificación obliga a la ciudadanía a sentir que el Estado responde al delito que se ha cometido, de lo contrario poner la justicia en manos de la víctima, la familia o la sociedad en general es algo ineludible, lo que crea un entorno caótico.

En tercer lugar, en cuanto a la justificación “moral - personal” de la sentencia, es primordial resaltar que se refiere al individuo que cometió el delito, es decir, a los requerimientos de la persona. “de liberarse de culpabilidad a través de la expiación. (...) Procurar, la posibilidad de una expiación como prestación moral autónoma es por ello una misión legítima del Estado, aún cuando la mayoría de

los delincuentes rehúsa el camino de la conversión interna”.

Desde otra perspectiva, debe determinarse la naturaleza del castigo que es “juicio de valor público de carácter ético – social que se realiza al autor por la comisión culpable de una infracción jurídica”.

5.4.2. Las teorías de la pena y la importante mirada constitucional al Derecho Penal

Como indicamos en las líneas anteriores, el Derecho Penal es una rama de la que no logramos desechar. Para esta parte de nuestro estudio, requiere enfatizar que el Derecho Penal ha desarrollado tres teorías para explicar y comprender el significado de las sentencias, que es la esencial cuestión que se debe abordar, para poder determinar si el reasentamiento no es solo el fin del sistema de penitencia. A pesar de ello, antes de presentar las tres teorías generalmente existentes sobre el sentido del juicio, parece necesario abordar de una manera algo más realista la mirada constitucional que se puede dar a la legislación, los ámbitos penales y funcionales en los que se encuentra este derecho, con el fin de respetar los derechos legales constitucionales contenidos en la Constitución promoviendo el resguardo de los sujetos y las colectividades.

Es esencial manifestar que “el Derecho Penal está dado, a menudo, para hacer operativos los valores que son objeto, a su vez, de los derechos fundamentales. Dicho, en otros términos: si se le pregunta sobre el sentido y el fin de las leyes penales admisibles constitucionalmente –y para definir los

límites admisibles para los derechos fundamentales se debe razonar de ese modo- se puede demostrar sin duda que el fin que se propone realizar el Derecho penal no solamente no es contrario a los derechos fundamentales, sino que opera a favor de estos y por eso también a favor del individuo mismo”.

Esta visión del Derecho Penal y su vinculación con los derechos fundamentales parece ser muy importante para la cuestión en la que estamos trabajando, porque de alguna manera las limitaciones del derecho, se aplican a ciertos de los que han sido privados de libertad o al menos están tratando de volver a encontrarla en virtud de su trabajo. Esto es lo que intenta hacer el derecho penal a la luz de la ley. Pues bien, como señala el propio Haberl, “El Derecho Penal deriva su alto grado de legalidad precisamente de la idea de derechos fundamentales. Así, se encuentran en una posición asociada a la libertad (moral), que refuerza, localiza y "actúa". Después de eso, el Código Penal parece haber sido el resultado de las libertades constitucionales.

Además, alcanzamos afirmar que “si se analizan los derechos fundamentales y el Derecho penal en vigor, se demuestra fácilmente que todos los derechos fundamentales resultan estar determinados por normas penales, las cuales pueden ser justificadas tan sólo si son consideradas como instrumentales para la tutela de bienes jurídicos de rango igual o superior”.

De acuerdo a la temática trabajada, podemos mencionar a algunas teorías que se encargan de explicar el significado de castigo. La primera teoría se llamada teoría absoluta en denominación de Weigend, Thomas, Jescheck y

Hans-Heinrich y la teoría de la retribución de acuerdo al estudioso Santiago Mer Puig.

Esta primera teoría trata de la "necesidad de atribuir castigo" la función de retribución exigida por la Justicia por la comisión de un delito. Responde (...) a que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido". Con respecto a la teoría absoluta de la condena "centra el motivo jurídico y el sentido de la pena sólo en la retribución, en cuya virtud debe hacerse justicia con el culpable por la comisión de su hecho. La pena queda liberada de cualquier consideración finalística y aparece sencillamente como la imposición querida de un mal dirigida a la compensación por la comisión de una infracción jurídica culpable"

La asignación "fue originariamente portadora de emociones fuertes, una reacción puramente negativa frente al hecho delictivo. (...) Sin embargo, [es importante señalar] que el concepto de retribución ha sufrido un cambio profundo desde la Ilustración del siglo XVIII. (...) Así pues, [la retribución hoy en día es vista como] un principio de medida. Según el pensamiento retributivo el hecho cometido determina el motivo y la medida de la pena".

Por otra parte, tenemos la llamada teoría de la relatividad del castigo. Estas teorías se aplican "una posición absolutamente contraria a las absolutas. De acuerdo con aquéllas la pena no está destinada a la realización de la justicia sobre la tierra, sino que sirve exclusivamente para la protección de la sociedad. La pena no es un fin en sí mismo, sino que es tan sólo un medio cuya finalidad es evitar acciones punibles futuras". Las teorías relativistas del castigo nos

obligan a distinguir la teoría de la llamada "Prevención general" de la teoría de la "Prevención especial". De este modo, "mientras que las teorías absolutas o de la retribución parten en su sentido estribito de que la pena debe imponerse para realizas justicia, sin que haya que tomarse en consideración otros fines de utilidad social, las teorías de la prevención asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Se trata de una función utilitaria, que [se funda en la consideración] de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La pena no se justificaría como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito (ya) cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. *Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro*".

La "prevención general" crea mención que "el resultado de la prevención del delito debe tener lugar en el conjunto de los destinatarios de la norma (...). Aspira a la prevención del delito en la colectividad". De esta forma definimos la denominada cobertura negativa en general, es decir, "a través del temor a la pena toda persona debe ser disuadida de la comisión de acciones punibles", Si bien la prevención general activa se refiere a que "el Estado no sólo persigue con la pena la intimidación del presunto autor por medio de la amenaza de un mal, sino que sobre todo se esfuerza en reforzar la conciencia jurídica de la colectividad a través de las leyes penales justas y de su aplicación moderada e igualitaria, así como educar a las personas en una obediencia voluntaria al Derecho."

No obstante, la prevención especial “se dirige al mismo reo. Él es quien, a través de la lección que se le imparte con la imposición de la pena, debe ser educado para mantenerle alejado de infracciones futuras y para conseguir su adaptación a las reglas básicas de la convivencia en la comunidad. De resultar aplicable una pena privativa de la libertad, su ejecución debe tener lugar bajo el principio de la resocialización”.

Se concluye que “a diferencia de la prevención general que se dirige a la colectividad, la especial tiene a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. Cuando se persigue mediante la pena, se refiere al sujeto que ya ha delinquirido; la pena busca, según ella, evitar que quien la sufra vuelva a delinquir”.

Por último, están las llamadas teorías asociativas que “sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio”.³

³Ramírez Parco Gabriela Asunción; “El ejercicio y limitación de los derechos fundamentales de los reclusos: análisis normativo y de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional”; Lima – Perú. 2012.

5.4.3. Determinación Judicial de la Pena

El procedimiento de pronunciación es ciertamente complicado. Se sabe que acepta dos casos: legítimo y jurídico. *La decisión legal*, aunque se explica por sí misma, se toma en el resumen y afecta el tipo de castigo según el marco normativo (mínimo y máximo) en el código penal para cada delito. La ley también determina las tasas de responsabilidad penal, es decir, aquellas cuyo mérito es reducir o aumentar la pena estipulada en el sumario por cada acto sancionado por el Estatuto. Estos consiguen al mismo apartado específico (por ejemplo, formas agravadas de homicidio, robo, narcotráfico) o al general del Código Penal (por ejemplo: reincidencia, hábito, intento incorrecto u omisión). Por el contrario, el órgano judicial que determina la sentencia o su singularidad no se hace en el sumario, sino que se ocupa de los detalles del caso particular: también considera el delito cometido (injustificado) y la culpabilidad del autor. Para ello, deberá respetar una serie de normas que el legislador le establezca y, sobre todo, lo dispuesto en el artículo 46 del Código Penal.⁴

5.4.4. Reincidencia y habitualidad

Como se sabe, el principio de que no hay castigo sin culpa, aunque no se justifica el castigo, si sirve para limitar el poder punitivo del Estado hasta tal punto que excluye la legalidad de cualquier castigo no "hipotético" que sea culpable al menos que haya excedido de la escala de gravedad. Por tanto,

⁴Ore Sosa Eduardo;Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la ley 30076.

podemos decir que el vínculo del principio de culpabilidad en el sistema de responsabilidad penal se da en dos niveles.:

- a) A nivel de premisa de sentencia, que establece los siguientes requisitos: i) el delito de comisión del hecho, ii) el fraude o indiferencia, así como la prohibición de responsabilidad; y iii) la capacidad de admitir la culpa (responsabilidad).
- b) A nivel de individualización de la sentencia, el principio de culpabilidad determina el alcance de la pena que hace culpable al infractor, por lo que la necesidad de prevención en cualquier caso no puede justificar la imposición de una pena más allá de la severidad del infractor.

5.4.4 .1. Reincidencia

El art. 46-B del CP incluye la premisa general y real. Es general, siempre que el legislador no exija una segunda infracción de igual o similar naturaleza, basta con cometer un fraude. Es real en la medida en que el castigo por la primera infracción debe ejecutarse total o parcialmente. En tal punto se requiere criticar el hecho de que la Ley 30076 ha ampliado el alcance de la reincidencia, ya que si el legislador había asumido previamente la ejecución de la *pena privativa de libertad* [total o parcial], ahora se amplía a cualquier forma. Siguiendo el mismo razonamiento que aplica este requisito

de calificación para delitos, el legislador ha ampliado esta cifra para incluir los delitos menores.

El período de tiempo para formar una sentencia por reincidencia es de cinco años desde que se cumplió la totalidad o parte de la sentencia por una primera infracción tanto como asesinato o robo. Sin embargo, a diferencia de la disposición anterior, la Ley 30076 renuncia al plazo de cinco años para constituir circunstancia agravante como restitución por delitos calificables de homicidio, lesión menos o grave, lesión por violencia intrafamiliar, secuestro, trata de personas, violación de menor, robo agravado, etc. Esto significa que no importará establecer el tiempo transcurrido desde el cumplimiento de la primera condena hasta la segunda infracción, porque, aunque hayan transcurrido diez, veintitrés u otros años, los autores de los delitos estos delitos serán castigados con la aplicación de este agravante calificativo.

En caso de retorno a la criminalidad básica, el juez aumenta la pena hasta la mitad de la pena máxima impuesta. En el caso de reincidencia acorde con la naturaleza del delito cometido (homicidio, robo agravado, violación de un menor, etc.), el juez aumentará la pena en no menos de dos tercios de la pena máxima aplicable. Lo que se mencionó en anteriores líneas indicaba que la cadena perpetua era la máxima, aunque se instruyó en el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ- 116 que fijara un máximo de 35 años. La

Regla 30076 omite cualquier referencia al máximo, ya que se espera que se mantenga la interpretación del acuerdo anterior. Veamos qué tan desproporcionado puede ser esto. En el listado de delitos a los que puede aplicarse la Ley de Reincidencia, hurto agravado (a que se refiere el artículo 186). Sin embargo, un cargo de robo seguido de habilidad o escalada, al menos oficialmente, conlleva una sentencia de 10 a 35 años, mientras que el máximo para este delito es de seis años.

Coincido con la idea de Benavente de que la reincidencia condicional se aplica cuando la primera y segunda condenas corresponden a los mismos delitos mencionados en el segundo párrafo de la Sección 46-b, a saber, asesinato intencional, causar lesiones graves a un menor o violencia doméstica, secuestro, violación de un menor, robo agravado, etc. Es decir, parece oportuno considerarlo como [calificativo] de reincidencia, cuando los dos delitos son iguales y, por tanto, de la misma gravedad. Por lo tanto, aceptamos una interpretación limitada de este requisito de calificación, a pesar de que la redacción de la Norma es, en este momento, incorrecta. Si se enfrenta a otro delito, aunque esté en la lista de delincuentes con perfil de reincidencia calificativo, entendemos que solo es necesario considerar la premisa básica de reincidencia.

5.4.4 .2. Habitualidad

En cuanto al hábito, las condiciones que deben concurrir para la formación de esta circunstancia agravante son las siguientes: la comisión de al menos tres hechos punibles, que sean actos fraudulentos de la misma naturaleza y que se cometan en un plazo breve de cinco años. Período sin condena para uno de ellos (como indica el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116). Por supuesto, debemos manejar la configuración del severo aumento de los delitos continuos y los supuestos de competencia ideal, los casos que sufren sus propias reglas. El hábito es compatible con el concurso real, por lo que el acuerdo de 1-2008 / CJ-116 a menudo se establece que los efectos de sanciones de la mejora per cápita solo se aplican en el tercer crimen realizado a lo largo del tiempo cinco años. Las sanciones concretas corresponden a otros delitos de la competencia real, por supuesto, observando los límites establecidos por los arts. 50 y 51, lo que significa que el número total de penas no debe ser más grande que los delincuentes más peligroso, o más de 35 años de privación de la libertad; y si por uno de los delitos en la cadena eterna correspondiente, solo se ha aplicado esta sanción para eliminar a otros. En el hábito, el juez plantea oraciones al tercer máximo de la segunda sentencia delictiva. En las formas de caracterización, dependiendo del delito cometido por el imputado, la pena se incrementa a la mitad de la pena máxima impuesta hasta

los 35 años, sin la autorización del penitente. Se aplicará la fecha de los beneficios de penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. En los casos de hábito, la Regla 30076 no solo extiende las presunciones de hábito calificativo a otros delitos (infracción, admisión agravada, marcación, otros delitos), sino que también reconoce el hábito en los delitos de estafa contra personas o bienes, en este caso un período o duración, cuando pueda constituir tres delitos o circunstancias más agravantes antes mencionadas - no cinco años, sino tres años. Lo más susceptible de ser criticado es el hecho de que en casos de reincidencia y delitos comunes según artículo 440 inc. 3 del Código Penal, debe ser reprimido con “pena privativa de libertad por el delito aplicable”, y en casos similares, según el INC. Artículo 5 del mismo artículo, todos corresponden a lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal. Para el legislador, la comisión de un delito cambia con frecuencia la naturaleza del acto ilícito.

Principio de proporcionalidad

Hoy en día, el principio de proporcionalidad se ha convertido en una herramienta hermenéutica particularmente importante para determinar si las injerencias de la autoridad política en el contenido legal de un derecho fundamental son constitucionales. Como todos sabemos, los derechos fundamentales con contenido legal constan de dos dimensiones, un aspecto subjetivo y un aspecto objetivo. Primero, se reconoce que todos los derechos

básicos vienen con un conjunto de derechos que favorecen a su titular. Por ejemplo, la libertad de movimiento le da a su titular la capacidad de moverse físicamente de un lugar a otro. Este contenido subjetivo, reconocido desde las primeras declaraciones de derechos humanos, establece fundamentalmente el deber de abstenerse del poder político. Siguiendo con el ejemplo, el aspecto subjetivo del derecho a la libertad de movimiento obliga al Estado a no impedir arbitrariamente el movimiento de un lugar a otro que el titular de la libertad de movimiento desee activar.

Justificación del principio de proporcionalidad

En el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia de las constituciones alemanas y españolas, la presencia del principio de proporcionalidad se consagró en un arreglo constitucional, aunque en referencia a su influencia. El poder de los derechos constitucionales en un régimen "extraordinario". Este es exactamente el último párrafo del artículo de 200 CP, que presenta que “cuando se interponen acciones de esta naturaleza acciones de garantía en relación con derechos restringidos o suspendidos en un régimen de excepción, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo”.

Este órgano constitucional es una de las herramientas que utiliza la Corte Constitucional para sentar las bases del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. La Corte

Suprema fue establecida por la constitución antes mencionada que “el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no”.

La Corte Constitucional del Perú, como se desprende de su declaración, reconoce el derecho del principio de proporcionalidad a existir como todo el ordenamiento jurídico peruano, por lo que se invoca en cualquier ámbito del derecho y no solo en el caso para determinar la suficiencia de una limitación específica sobre un derecho constitucional a ser suspendido en régimen excepcional.

Pero esta no es la única base para el principio de proporcionalidad establecido por la Corte Constitucional del Perú, sino que, como ocurre con los sistemas legales alemanes y españoles, también sigue este principio en las sentencias del 'Estado de derecho', así como el valor de la justicia. Así, la Corte

Constitucional del Perú señaló que “en la medida en que el principio de proporcionalidad surge del Estado de derecho, implica no solo garantías de certeza jurídica, sino también requisitos específicos de un cuerpo sustantivo de justicia”.

5.4.5.1. Dimensiones del principio de proporcionalidad

Cuando hablamos de proporcionalidad, estamos hablando principalmente de justificar el daño a los derechos constitucionales. La cuestión es si existe un adecuado equilibrio o proporcionalidad entre la limitación a la que está sujeto un derecho constitucional y la preservación del bien común que aparece precisamente como causa de la limitación. Por ejemplo, cuando se trata de la limitación de los derechos constitucionales en regímenes excepcionales, no hay duda de que la prueba de proporcionalidad parece abordar la cuestión de si la limitación a la que puede estar sujeto el derecho constitucional en un caso particular factible o no debe estar debidamente justificado. El mencionado principio tiene una lógica intrínseca y mecánica que define una vinculación proporcional entre lo sacrificado y la finalidad, que exige el cumplimiento de la acción a realizar. Su adecuación se evalúa de acuerdo con un juez de tres vías. Esta triple regla consiste en la eficiencia, la norma de la necesidad y la norma de la proporcionalidad. Para que una disposición sea nombrada de proporcional, debe de superar los tres juicios.

Esta es exactamente la razón por la cual el principio de relación puede ser determinado como principio “integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesaridad y desequilibrio del sacrificio”. A continuación, se estudiarán cada uno de estos tres juicios, aunque se hará de manera general, como aplicables a todo el ordenamiento jurídico, sin que eso signifique que no se llegue a hacer alguna referencia concreta a la suspensión de derechos cuando de los regímenes de excepción se trate.

5.4.5. El principio de proporcionalidad en el derecho penal

✓ Campos de verificación del principio de proporcionalidad

Si bien el principio de proporcionalidad debe ejecutarse en cada uno de los ámbitos del derecho, ciertamente tiene un área probatoria fundamental, es decir, en el derecho sancionador y, en particular, en el derecho penal. Por ello, este apartado está abierto a examinar cómo funciona lo que se dice sobre el principio de proporcionalidad a la hora de sancionar conductas delictivas por vulneración de derechos como la libertad. Cabe señalar nuevamente que el razonamiento siempre se basará en el ordenamiento jurídico peruano.

En el ámbito penal, el poder punitivo del Estado (*iuspuniendi*) se declara en la imposición de penas por hechos previamente identificados como delitos. Así, en materia penal, se acostumbra hablar del principio de *proporcionalidad de las penas*. Acerca de esto el Tribunal Constitucional peruano explica que “el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena”.

Hablando del principio de proporcionalidad de las penas, hay que tener en cuenta la competencia en tres áreas: la determinación legal de las penas (son sentencias que el legislador emite de forma abstracta y generalizada por los distintos tipos de delitos); la determinación judicial de la pena (estos son los detalles que da el juez en cada caso al sancionar al infractor con una sanción específica); la determinación administrativa de la pena (que se muestra en el cumplimiento de la pena y está vinculada a la aplicación de los servicios penitenciarios que pueda ordenar el juez de ejecución penal).

✓ **Una misma lógica operativa**

Como no podía ser de otra manera, para la aplicación del principio de proporcionalidad en materia penal, antes se estudió la lógica del proceso sobre este principio, sin modificación alguna. La cuestión es si la injerencia de la autoridad punitiva en la esfera jurídica de derechos como la libertad es proporcionada, en otras palabras, si se trata de una intervención adecuada,

necesaria y equilibrada (planificada con precisión), de acuerdo a como se define primeramente en estas tres disposiciones.

Asimismo, en concreto, establece esta lógica el Tribunal Constitucional peruano cuando hablando de la determinación legislativa de la pena, ha implantado que frente a ella pertenece al Tribunal Constitucional “indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma”.

La razón del juicio de idoneidad se vuelve clara cuando se considera que es necesario comprobar si la acción tiene una finalidad y si es constitucional y socialmente adecuado. Asimismo, la segunda parte de un juicio de idoneidad surge cuando establece la necesidad de “evaluar si una medida es idónea”, en otras palabras, si dicha medida puede lograr su objetivo de fin constitucional resaltando los aspectos constitucionales y sociales que se deben perseguir.

La lógica del juicio de necesidad igualmente la declara de manera clara, al establecer que con la finalidad de que la medida sea proporcional se tiene que analizar si esta siendo idónea (y por consiguiente eficaz para alcanzar el objetivo), es la *menos aflictiva de la libertad*. Y el juicio de proporcionalidad en riguroso sentido queda patente a medida que manda que la medida (la

sanción que supone una aflicción de la libertad) debe ser equilibrada en función del beneficio que se espera obtener con la consecución del fin. Nótese, en todo caso, que para que la medida no supere este juicio se debe estar ante un desequilibrio *manifiesto*. Esto quiere decir –como ya se tuvo oportunidad de tratar– que en caso de duda se ha de concluir a favor de la proporcionalidad de la medida.

✓ **El juicio de adecuación o de idoneidad**

La expectativa de esta sentencia en relación con el alcance de la sanción legal (incluidas las penas y las propias medidas de seguridad) requiere la anticipación de la conducta como delito y sus consecuencias legales, adecuada para lograr el objetivo deseado. Este propósito en norma penal es doble. Por otra parte, la persecución como delito busca sacar este comportamiento de la sociedad, además de buscar rehabilitar al delincuente en la comunidad. De este modo el Tribunal Constitucional manifiesta que “el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución”.

Manifiesta el Máximo intérprete de la constitución que establece que el legislador al emitir un juicio no solo debe ajustarse al objetivo de proteger el bien jurídico fundamental, sino también tomar en cuenta que es un principio constitucional que “el régimen penitenciario tiene por objeto la

reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (artículo 139.22 CP). Esto es especialmente importante porque en buena cuenta se está disponiendo un doble parámetro para el juicio de idoneidad. La idoneidad de una ley penal, por ejemplo, no sólo se definirá a partir de que la medida sea apta para conseguir la protección de un bien jurídico en particular, sino que su idoneidad se definirá también con respecto a su eficacia para lograr “la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. Consecuencia necesaria de lo que se lleva dicho es la inconstitucionalidad en el ordenamiento constitucional peruano de las leyes que dispongan como pena la pena de muerte y la pena de cadena perpetua, porque serán medidas desproporcionadas por no haber superado el juicio de idoneidad, pues en uno y otro caso, la medida no es apta para lograr una finalidad, la que busca la reincorporación del penado a la sociedad. En el primer caso porque el delincuente deja de existir, y en el segundo porque el delincuente no tendrá realmente la posibilidad de reincorporarse a la sociedad, si va cumplir pena privativa de la libertad de por vida.

✓ **El juicio de necesidad**

En el ámbito penal mediante el juicio por necesidad, es fundamental que la penalización del acto sea un medio primario de protección de un bien jurídico particular, asumiendo la menor interferencia posible en los derechos de esa persona inculpada. De esta manera, para que la medida cuya proporcionalidad se examina supere el juicio de necesidad, debe ser una medida que se ajuste a las exigencias de dos principios de derecho penal: el

principio de protección de bienes jurídicos y el principio de intervención mínima.

✓ **El principio de protección de bienes jurídicos**

La utilización del *iuspuniendi* del Estado solamente se demuestra en la medida que se administra hacia la protección de la comunidad, más específicamente de sus intereses fundamentales. Estos intereses se nombran “bienes jurídicos”. De esta manera solamente se corresponderán criminalizar comportamientos socialmente dañinos, que evidentemente lesionen bienes jurídicos que cuentan con protección por el derecho. En consecuencia, hay dos factores que configuran este principio: la existencia de los bienes jurídicos y la magnitud real del daño o peligro. Asumiré que la acción sería desproporcionada sin el juicio necesario, cuando se criminalice una conducta que no sea perjudicial para la sociedad, siempre que la conducta no vulnere evidentemente ningún derecho.

En cambio se deberá tener siempre presente que el principio de protección de bienes jurídicos requiere que “la determinación del catálogo de bienes jurídicos que constitucionalmente admiten por su relevancia una protección penal debe completarse por una jerarquización entre los mismos, dotándolos respectivamente de una protección penal—de unas penas—proporcionadas en su gravedad a la relevancia valorativa de dichos bienes”.

Aparte de eso, se le considera un principio completamente conocido en el ordenamiento penal del Perú, cuando en el Título IV del título preliminar

del Código penal se dispone que “la pena, necesariamente, precisa de la lesión y puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

✓ **El principio de intervención mínima**

El principio de intervención mínima del derecho penal requiere que la defensa del bien jurídico propuesto se ejecute después de que otras ramas del derecho hayan fallado en el mismo intento (incluido el derecho penal administrativo) y se implemente de la misma forma efectiva para lograr el objetivo, pero de la manera que es menos restrictivo de los derechos de las personas.

Este principio, a su vez, está íntimamente vinculado con el principio de la subsidiaridad: en la protección de los bienes jurídicos, “deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada *Política social*. Seguirán a continuación las *sanciones no penales*: así, civiles (...) y administrativas (...). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad”.

Asimismo, se relaciona con el principio de carácter fragmentario en el Derecho penal, donde el Derecho penal no reprime todos los actos lesivos a los bienes jurídicos que protege, sino que solamente las *modalidades de ataque más peligrosas* según ellos. Esto se debe a la gravedad de la injerencia del estado criminal en los derechos humanos. Y es que “que el Derecho penal *sólo* deba proteger "bienes jurídicos" no significa que *todo* "bien jurídico" haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo

ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba establecer la intervención del Derecho penal. Ambos argumentos se enfrentarían correspondientemente, a los principios de subsidiaridad y carácter fragmentario del Derecho penal”.

De ahí que, pueda ser desproporcionada por no superar el juicio de necesidad una medida legislativa que criminaliza y sanciona una conducta que ha supuesto una afectación irrelevante al bien jurídico. O sería desproporcionada por igual razón una medida del legislador por la que se penaliza una conducta, sin que se haya acudido previamente a otras medidas que, existiendo, razonablemente se prevé llevarían al mismo resultado. Es este último el caso, por ejemplo, en el que el legislador prevé sólo prisión preventiva para cualquier tipo de delito sin permitir otro tipo de medidas igualmente eficaces, como puede ser la detención domiciliaria. Es el caso también en el que el juez penal decreta prisión preventiva contra un procesado por un delito cuando en el caso concreto la misma finalidad que se persigue con la medida de detención preventiva puede perfectamente lograrse con la medida de detención domiciliaria, estando ésta última prevista en la legislación correspondiente.

✓ **El juicio de proporcionalidad en sentido estricto**

En contraposición al juicio de necesidad, que implica principalmente determinar la proporcionalidad al definir el área de comportamientos que constituye un delito, el juicio de proporcionalidad en el riguroso sentido de la palabra centra la atención en las consecuencias del delito. Estos actos son

acusatorios, es decir, en términos de sanciones. y medidas de seguridad previstas para delitos específicos. Por tanto, este principio en el ámbito penal se denomina principio de proporcionalidad de las sentencias. Conviene — como veremos enseguida — analizar la provisión de proporcionalidad en los dos sectores en los que aplica: en la prevision legislativa y en cualquiera de las aplicaciones judiciales.

✓ **Proporcionalidad en la prevision legislativa o proporcionalidad abstracta**

El juicio de proporcionalidad en el riguroso sentido al que se refieren las disposiciones legales requiere un equilibrio entre la severidad de la pena prescrita por la ley para el delito (el marco penal) y el grado de participación. y la forma (gravedad) de cómo se ven afectados los bienes legales y los rasgos subjetivos que ejerce el infractor. Estas consideraciones deberán ser examinadas conjuntamente a efectos de determinar si supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Por lo tanto, el juicio de proporcionalidad requiere que se mantengan las penas más severas para los efectos más graves sobre bienes legales de especial importancia para la sociedad a través de conductas maliciosas.

Dentro de un Estado democrático, “el Derecho penal (...) debe ajustarse a la severidad de la pena de acuerdo con la trascendencia social de las circunstancias a las que se atribuye, de acuerdo con el grado de "nocividad social" de la violación de los derechos humanos. En cualquier caso, no debemos olvidar que las penas desproporcionadas solo pueden conducir a la

desobediencia a la norma penal: “[l]a exigencia de proporcionalidad no es solamente de orden jurídico, sino también requisito material de la prevención, pues sólo penas proporcionadas a la gravedad de los delitos y a su violación social están en condiciones de motivar a los ciudadanos al respeto a las normas”.

Por ejemplo, una acción legislativa puede no tener fundamento constitucional porque es desproporcionada porque no cumple con la disposición en discusión en este momento, si sanciona con la misma pena el consumo y la tentativa de delito; o si el comportamiento malicioso se castiga con la misma sanción.

✓ **Proporcionalidad en la aplicación de las penas o proporcionalidad concreta**

La proporcionalidad abstracta es el requisito del legislador de imponer sanciones sobre la base del equilibrio con la delincuencia. Disposiciones de sanciones penales implementadas por el legislador, especificando penas máximas y mínimas. En otras palabras, lo que exige la ley es un marco que debe determinarse caso por caso y de acuerdo con las circunstancias específicas del agente y si está violando bienes legales. Esta obligación de cumplimiento recae en el juez penal. Es él quien determinará, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la infracción específica de un determinado infractor y la pena en que incurrirá, como sanción por la conducta de su delito. Para el desempeño de la función de determinar la pena específicamente implementada por el juez de lo penal, está obligado a actuar

de acuerdo con el juicio de proporcionalidad en el sentido riguroso de la palabra.

Un juez penal debe considerar una variedad de factores si quiere actuar de acuerdo con los requisitos de proporcionalidad. Al principio, aunque no parezca necesario decirlo, un juez solo puede dictar una sentencia por una conducta claramente descrita como delictiva y, por tanto, punible. “Si no existe una ley que criminalice tal comportamiento, incluso si el comportamiento es extremadamente hostil y socialmente dañino, la proporcionalidad se mitiga porque no habría obligación legal de que el juez dicte sentencia”. Esto significa que el principio de proporcionalidad presupone necesariamente el principio de legalidad.

5.5. Marco Jurídico

5.5.1. Código Penal

Realizaremos nuestro trabajo profesional actual, al amparo del Capítulo II del Código Penal, relativo al empleo de la pena y directamente relacionado con la reincidencia.

Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

Al determinar la sentencia, el juez tuvo en consideración:

- a) Los defectos sociales adquiridos por el representante o por abuso de su cargo, posición económica, formación, autoridad, experiencia, profesión o cargo en la comunidad.
- b) Su grupo social y sus creencias.

c) Los intereses de la víctima tanto como los miembros de su familia o de quienes dependan de él, y el impacto de sus derechos, especialmente teniendo en cuenta su frágil condición.

d) **Artículo 45-A. Individualización de la pena**

Cada condena tiene una razón clara y suficiente como base para la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para establecer una sentencia dentro de los límites determinados por la ley, el magistrado considera la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido, en la medida en que no constituyan delito ni modifiquen específicamente la responsabilidad.

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Determinando el espacio sancionatorio específico de acuerdo a la sanción que determine la ley para el delito y dividiéndolo en tres partes.
2. Determinar la sanción específica a imponer al condenado mediante la evaluación de una combinación de agravantes o atenuantes, teniendo en cuenta los siguientes principios:
 - a) A falta de atenuantes o agravantes, la sanción específica se determina en el tercio inferior.
 - b) En el caso de circunstancias agravantes o atenuantes, la sanción especial será determinada por un tercero intermediario.
 - c) Si solo concurrieran circunstancias agravantes, se determinará la sanción especificada en el tercero anterior.

3. Si sólo concurrieran circunstancias agravantes, se determinará la sanción especificada en el tercero anterior. En caso de circunstancias atenuantes favorables o agravantes suficientes, las sanciones especiales se determinarán de la posterior forma:
 - a) En el caso de circunstancias atenuantes, la sanción especificada se fijará en menos de un tercio;
 - b) En el caso de circunstancias agravantes, se aplicará una sanción específica de un tercio o más; y
 - c) En caso de múltiples circunstancias atenuantes y agravantes, la pena especial se determinará dentro de los límites de la pena básica correspondiente a la infracción.

Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación

1. Establecen contextos atenuantes, siempre que no tengan la finalidad específica de sancionar la infracción y no compongan un acto de conducta punible, de la siguiente manera:
 - a) Sin antecedentes penales;
 - b) Actuar con motivos nobles o altruistas;
 - c) Actuar en un estado de agitación o temor justificado;
 - d) Influencia de circunstancias familiares o personales que obliguen a realizar un acto punitivo;
 - e) Buscar voluntariamente, luego de la comisión del delito, mitigar sus consecuencias;

- f) Reparación voluntaria de los daños causados o resultantes del peligro;
 - g) Informar voluntariamente a las autoridades, luego de que se hayan cometido actos reprobables y aceptar sus responsabilidades;
 - h) La edad del imputado afecta la conducta punible.
2. Componen situaciones perjudiciales, siempre que no tengan la intención específica de castigar al infractor y no sean un elemento de comportamiento punitivo, como se indica a continuación:
- a) La comisión de conductas punibles en relación con bienes o recursos destinados a actividades de interés público o para la satisfacción de necesidades básicas de la sociedad;
 - b) Cometer actos punitivos contra la propiedad y los recursos públicos
 - c) Conducta punible debido a la negativa, inutilidad, promesa de un precio o recompensa;
 - d) La comisión de un delito por intolerancia o discriminación de cualquier tipo;
 - e) El uso de comportamiento punitivo puede causar un peligro público;
 - f) La comisión de un acto sancionable con el encubrimiento o abuso de circunstancias superiores a la víctima, o el aprovechamiento de las circunstancias en términos de tiempo, forma y lugar para dificultar la defensa del lesionado o la identificación de la víctima;

- g) Causar las consecuencias del hecho punible con mayor daño que las necesarias consecuencias del hecho delictivo;
- h) Cometer actos punitivos aprovechando el cargo, situación económica, formación, autoridad, trabajo, cargo y funciones del representante;
- i) La participación de varios actores en la comisión del delito;
- j) Cometer un acto castigado por la ley utilizando una conducta inaccesible;
- k) Cuando el hecho punible sea dirigido o realizado total o parcialmente desde el lugar de detención por una persona privada de libertad o fuera del territorio nacional;
- l) Cuando dañe gravemente el equilibrio de los ecosistemas naturales
- m) Para la ejecución del acto punitivo se utilicen armas, explosivos, venenos u otras herramientas o medidas de similar efecto destructivo;
- n) Si el afectado es un infante, un joven, una fémina en situación de especial vulnerabilidad o un sujeto mayor según lo disponga la ley aplicable en esta materia, o tiene una discapacidad física, sensorial, mental o intelectual permanente, o si sufre de "una enfermedad terminal", o una persona indígena en aislamiento y primer contacto.

o) Artículo 46-A.- Circunstancia agravante por condición del sujeto activo

Compone agravante de responsabilidad penal si el sujeto activo usa su condición de miembro de las fuerzas armadas, policía nacional, gobierno, servidores públicos para realizar un acto punible o emplea un arma de mano del Estado o su uso autorizado por su condición de funcionario estatal. En estos acontecimientos, el juez incrementa la pena a la mitad del máximo legalmente establecido para el delito cometido, que no puede exceder los treinta y cinco años de prisión.

La misma sanción se impondrá al agente que desempeñó las funciones señaladas en el primer párrafo y empleó los conocimientos adquiridos en el desempeño de su cargo para realizar el acto punible.

Constituye agravante, cuando el sujeto se encuentre en funcionamiento, de prisión en la que haya sido privado de su libertad, o sea culpable de tráfico ilícito de drogas, blanqueo de capitales, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro como autor o coautor. En este caso, el juez podrá aumentar la pena a un tercio del límite máximo establecido por la ley para el delito cometido, sin exceder de treinta y cinco años de prisión.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando se prevean circunstancias agravantes en el momento de la sanción del delito, o cuando constituyan un elemento del acto sancionado por la ley.

Artículo 46-B. Reincidencia

Cualquiera que haya cometido un nuevo delito de fraude en un plazo no superior a cinco años después de haber cumplido una sentencia total o parcial, se le considera reincidente a un delito. Lo mismo se aplica a una persona que, después de ser condenada por conducta intencional, comete una nueva mala conducta o delito intencional en un período no superior a tres años.

La reincidencia constituye una pena agravante, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta la mitad del monto máximo que establece la ley para la infracción.

El término reincidencia no se aplica 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, calculado sin límite de tiempo. En estos casos, el juez endurece la sentencia en al menos dos tercios del límite máximo legal para un delito, sin aplicar los beneficios punitivos de los indultos e indultos diarios. Si un oficial es indultado o se le reduce la pena y comete un nuevo delito de estafa, el juez aumentará la pena a la mitad del máximo legal por el delito.

En caso de reincidencia, no se computarán los antecedentes penales que hayan sido absueltos o necesitados de liquidación, salvo en los casos previstos en el tercer párrafo de este artículo.

Código De Ejecución Penal

Tomaremos para el presente trabajo de suficiencia profesional, el Capítulo Cuarto del Código de Ejecución Penal, respecto a los beneficios penitenciarios.

Artículo 42.- Los beneficios penitenciarios son los siguientes:

1. Permiso de salida.
2. Redención de la pena por el trabajo y la educación.
3. Semi-libertad.
4. Liberación condicional.
5. Visita íntima.
6. Otros beneficios.

Artículo 43.- Una persona detenida podrá expedir un permiso de salida en un plazo máximo de 72 horas, en las posteriores situaciones:

1. Enfermedad grave, debidamente acreditada mediante certificado médico oficial, o fallecimiento del cónyuge, conviviente, progenitor, hijo o hermana del detenido.
2. Anuncio del nacimiento de su descendiente del detenido.
3. Realización de trámites personales de carácter inusual que requieran la presencia del detenido en la sede de la administración.

4. Tomar las medidas necesarias para obtener un trabajo y una residencia cerca del momento de su liberación.

Este servicio puede ser prestado por el director del centro penitenciario, quien, por su cuenta, presenta sus informes al representante del Ministerio Público y, en su caso, al juez que conoce los procedimientos y toma las medidas de detención necesarias.

Artículo 44.- Los reclusos tienen derecho a una indemnización por trabajo, con pena de un día por dos días hábiles reales, bajo la supervisión y control de la administración penitenciaria, salvo en los casos previstos en este artículo.46.

Artículo 45.- Los reclusos que reciben una educación diversificada, bajo la dirección de la Dirección Técnica de Prisiones, tienen derecho a una pena de un día por dos días académicos, y deben pasar una revisión periódica, lo señala en el artículo. 46.

Artículo 46. Casos especiales de redención

En el caso de los presos que cometen por primera vez un delito previsto en los artículos 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la sanción laboral o escolar se reembolsa a razón de un día de condena a cinco días de trabajo o estudio de campo, según sea el caso.

Los infractores y los repatriados pueden disminuir su castigo a través del trabajo y la educación con una sanción de un día por seis días de trabajo o estudio real, de acuerdo la situación.

De acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo 46-C del Código Penal, en los acontecimientos conocidos en las infracciones indicados en los artículos 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por siete días de labor o estudios efectivo, en su caso.

Artículo 47. Improcedencia de acumulación de la redención de pena por el trabajo y educación

Los beneficios de reembolsar las multas por trabajo y estudio no se acumulan cuando se toman al mismo tiempo.

El bien de redención por trabajo o educación no se aplica a los autores de los delitos previstos en los artículos. 108, 108-A, 153, 153-A, 296, 297, 301, 302 y 319 a 323 del Código Penal.

Artículo 47-A. Acumulación de la redención de pena por trabajo o educación para el cumplimiento de la condena

Para cumplir su condena, el recluso podrá combinar el tiempo real de permanencia en prisión con el tiempo transferido por trabajo o educación, cuyo caso deberá cumplir con los procedimientos y exigencias determinados por el estatuto.

Este atraso no se aplica a las infracciones por las cuales la ley prohíbe el pago de multas laborales y educativas.

Artículo 48. Semilibertad

Lo mencionado ayuda a que un condenado salga de la cárcel, por motivos laborales o escolares, cuando haya cumplido un tercio de su condena y si no tiene trámite pendiente. Tramitación de la orden de aprehensión.

En las situaciones del primer párrafo del artículo 46, la semilibertad condicional podrá ser aprobada después de haber cumplido dos tercios de la pena y contra el pago de la cantidad total especificada en la sentencia por concepto de daños. Daños civiles y multa o, en caso de quiebra del detenido, el depósito correspondiente en los términos del artículo 183 del Código Procesal Penal.

El beneficio del indulto el mismo día no se aplica a los reincidentes, habituales y oficiales de los delitos previstos en los artículos. 107, 108, 108-A, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 279-A, 279-B, 296, 297, 317, 317-A, 319 a 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal.

Artículo 53. Liberación condicional

A los condenados que han cumplido la mitad de su condena se les concede la libertad condicional siempre que no haya un juicio en curso con una orden judicial.

En las situaciones de infracciones a que se refiere el artículo 46, párrafo primero, se podrá conceder la libertad condicional después de que se hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena y se haya pagado la cantidad total especificada en la condena. Disposiciones como indemnización civil y multas o, en caso de quiebra del detenido, el depósito correspondiente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del Código Procesal Penal. El beneficio de lo mencionado no se aplica a los reincidentes, habituales y oficiales de los delitos previstos en los artículos. 107, 108, 108-A, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 279-A, 279-B, 296, 297, 317, 317-A, 319 a 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal.

5.6. Glosario de términos básicos

- a) **Reincidencia.** - Situación en que se encuentra el autor de un delito que habiendo sido juzgado y condenado con sentencia ejecutoriada, en territorio nacional o extranjero, comete otro delito, en el plazo de 5 años, desde el cumplimiento de su condena.

Asimismo, se define como la situación fáctica consistente en la comisión de un delito doloso en un momento en el cual el actor ha recibido, previamente, una sanción penal por la comisión de un delito doloso anterior.

- b) **Habitualidad.** - Consiste en cometer un crimen una y otra vez, a menudo en el mismo orden. Un reincidente es una persona que frecuentemente incursiona en la esfera criminal. Para Ferri, muchas personas hacen esto por costumbre. Comenzaron

a violar la ley penal cuando eran adolescentes, siempre cometiendo delitos contra la honestidad o la propiedad. Después se unieron gradualmente al inframundo criminal., conformando "una categoría delinciente".

- c) **Beneficios penitenciarios.** - Los beneficios penitenciarios consiguen ser considerados como derechos subjetivos de los sujetos privados de libertad, reconocidos como condicionales, ya que no se otorgan automáticamente por el mero hecho de que quien los solicita se encuentre privado de libertad, sino que deben estar sujetos a las hipotéticas condiciones previstas en la norma, aun cuando son respetados por la persona privada de libertad. No son el factor decisivo en su concesión, debido que su concesión está sujeta a la evaluación de la autoridad competente en cuanto a la probabilidad de que la persona privada de libertad se integre a la comunidad.⁵.
- d) **Carencia.-** Es un término polisémico, que se aplica a distintos ámbitos, tanto naturales como sociales; en todos ellos con el significado de la insuficiencia a la hora de cubrir una necesidad, o la ausencia de un elemento indispensable. Por ejemplo, en el caso de un sentenciado, la carencia de antecedentes penales o policiales (reincidentes o habituales) le permitirá acceder de manera más pronta a los beneficios penitenciarios.
- e) **Pena.** - Es un recurso que utiliza el Estado para responder a un delito, expresado en forma de “restricción de los derechos del responsable”. Por esta razón, la ley que gobierna el crimen a menudo se conoce como ley penal. También se define como

⁵Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios de la Defensoría del Pueblo con la participación del Dr. Carlos Romero Rivera; “Cartilla de Beneficios Penitenciarios”; Defensoría del Pueblo; Lima - Perú, Abril de 2005, Pag. 07.

una forma de castigo que pierde o limita los derechos personales de una entidad responsable de realizar el acto punible. El fallo lo determina la ley y el tribunal lo impone como parte del proceso.

- f) **El interno.** - El interno no es una persona eliminada de la sociedad, sino que continúa formando parte de ella, como miembro activo. Tiene los mismos derechos que cualquier ciudadano en libertad, con la única limitación que le pueden imponer la ley y la sentencia respectiva. Dentro de estos límites, podrá ejercitar los derechos que la constitución reconoce a todos⁶.
- g) **Tratamiento penitenciario.** - La terapia es la columna vertebral del sistema penitenciario. El proyecto forma el tratamiento a través de un sistema moderno y progresivo, diferente al sistema tradicional que estaba vigente en nuestro país antes de la emisión de la Ley de Ejecución de Penas de 1985. La finalidad del tratamiento es la rehabilitación y reinserción social en la comunidad. Los fundamentos científicos que administran el tratamiento penitenciario especifican que debe ser individual y colectivo, empleando todo tipo de métodos médicos, biológicos, psicológicos, educativos, sociales y laborales, en una vinculación abierta. La terapia es muy compleja, ya que implica el uso y programación de algunos de los métodos anteriores por parte de especialistas. Es continuo y dinámico, debido que evoluciona según los diferentes aspectos que va superando la personalidad del preso.
- h) **Régimen Penitenciario.** – Con respecto al Título II, En nombre de la penitencia se han establecido todas las normas básicas que rigen la convivencia y el orden en las instituciones penitenciarias, así como los derechos y beneficios penitenciarios de

⁶ Plan Estratégico Institucional 201 – 2016 del Instituto Nacional Penitenciario del Perú.

los que pueden favorecerse los presos.

El primer contacto del recluso con el sistema penitenciario se produce cuando ingresa en prisión por orden de la autoridad judicial competente. Los primeros pasos que se toman tras la entrada afectarán de forma decisiva a la personalidad y al trato del detenido. El preso es informado de sus derechos y deberes entregándole un folleto con los códigos de conducta del centro. El reglamento considerará casos de presos analfabetos y presos extranjeros que no hablen español.

6. METODOLOGIADELA INVESTIGACIÓN

6.1. Tipo de investigación

El presente trabajo de suficiencia profesional, gira en torno a un estudio descriptivo, estadístico, describe data y debería tener un impacto en la vida de quienes lo rodean. El propósito de la indagación descriptiva es conocer las conductas, hábitos y comportamientos predominantes a través de una descripción precisa de prácticas, cosas, procesos e individuos. Su objetivo no es solo recopilar data, sino predecir y definir las vinculaciones que hay entre dos o más variables.

Discusión

La situación controvertida del presente trabajo de suficiencia profesional, surge respecto a cómo maneja el principio de reintegración para las situaciones de los “arrepentidos”, esto es en el caso de las personas reincidentes que han sido privadas de su libertad.

7. CONCLUSIONES

- a) Profeso sólidamente que los principios y derechos fundamentales son de gran importancia, porque además de sentar las bases del derecho penal, también protegen y defienden las libertades que son la base del estado de derecho sociales y la democracia. En esto no se puede ceder, ni siquiera con el pretexto de alterar el logro de un mayor nivel de seguridad, ya que, si el Estado se vuelve autoritario, nadie tiene garantizada su libertad.
- b) Entiendo que las reformas realizadas a la Ley N ° 30076, especialmente las relativas a la restitución y el hábito, para subsanar errores, y modificaciones para circunscribir 20 el acceso a beneficios penitenciarios o muchas otras que por razones de espacio no se han podido abordar en este breve comentario, se inscriben en un proceso de endurecimiento del sistema penal, el mismo que parte de una fe ciega en el Derecho punitivo o en el empleo del Derecho penal con fines simbólicos, demagógicos o coyunturales.

8. RECOMENDACIONES

- a) Los administradores de justicia, al momento de resolver sobre la concesión o no de un beneficio penitenciario a razón de su reincidencia o habitualidad del solicitante, deben de tomar en cuenta los motivos que conllevo a cometer el hecho delictivo por el cual se encuentran reclusos en el establecimiento penitenciario, ello teniendo como principio fundamental la proporcionalidad de la medida a dictar.
- b) La proporcionalidad de la medida a dictar para un reincidente o habitual, no solo tiene que circunscribirse a los hechos materia de investigación, sino que deberán de ser

evaluados los elementos adyacentes y motivadores de la conducta delictiva.

- c) El agente reincidente, debe ser evaluado en atención primordial al principio de proporción de la disposición, debiendo evaluar el veredicto de conformidad.

9. FUENTES DE INFORMACIÓN

9.1. Bibliografía

- a) Asociación Catalana de Juristas Demócratas; Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales: jornadas penitenciarias; Barcelona: Bosch. 1994.
- b) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Los derechos de las personas privadas de libertad: Normas, jurisprudencia y prácticas en la prevención y el tratamiento del VIH – Sida; Buenos Aires: CELS. 2002.
- c) Defensoría del Pueblo; Supervisión del sistema penitenciario 2006 Defensoría del Pueblo: Lima. 2007.
- d) Defensoría del Pueblo; Informe sobre el establecimiento penitenciario de régimen cerrado especial de Challapalca. Serie Informes Defensoriales. Informe N° 73 Defensoría del Pueblo: Lima. 2003
- e) Ferrero Costa Raúl; Derecho Constitucional General – Material de Enseñanza; Lima – Perú. Instituto Pacífico 2015.
- f) García Caveró Percy; Derecho Penal Parte General; Lima – Perú. Jurista Editores 2012.
- g) MeiniMendez, Iván; Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal. Lima. Ara Editores. 2009.

- h) Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios de la Defensoría del Pueblo; Cartilla de Beneficios Penitenciarios; Lima – Perú. 2005.
- i) Rivera Beiras, Iñaki; La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría; Barcelona: Bosch. 1997.
- j) Villavicencio Terreros, Felipe; Derecho Penal Parte General; Lima – Perú; Grijley. 2013.

9.2. Normativa Nacional

- a) Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N° 654 (02/08/91).
- b) Reglamento del Código de Ejecución Penal, Decreto Supremo N° 015-2003-JUS (09/09/03).
- c) Instituto Nacional Penitenciario: Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria (Mayo, 2008).