



**UNIVERSIDAD NACIONAL
"PEDRO RUIZ GALLO"**

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO



**"LA AGRAVACION DE LA PENA POR REINCIDENCIA
EN EL CODIGO PENAL PERUANO ATENTA LA
FUNCION DE LA PENA EN EL ESTABLECIMIENTO
PENITENCIARIO DE PICSÍ"**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CIENCIAS PENALES**

AUTOR

Abog. GRISSEL JANET ARNAO PINZON

ASESOR

Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO

**LAMBAYEQUE – PERÚ
2018**

LA AGRAVACION DE LA PENA POR REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL PERUANO
ATENTA LA FUNCION DE LA PENA EN EL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PICS

Abog. GRISSEL JANET ARNAO PINZON

AUTOR

Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO

ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para
optar el Grado de: MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

APROBADO POR:

Dr. JOSE MARIA BALCAZAR ZELADA

PRESIDENTE DEL JURADO

Dr. RAFAEL HERNANDEZ CANELO

SECRETARIO DEL JURADO

Dr. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO

VOCAL DEL JURADO

30 de Enero del 2018

DEDICATORIA

A Dios

Por habernos colmado de bendiciones constantes.

A mi familia

Por su apoyo invaluable, su aliento constante en la consecución de todas nuestras metas y para la culminación del presente proyecto personal.

AGRADECIMIENTOS

A la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Pedro Ruiz Gallo
Por la calidad de la enseñanza brindada.

A mis profesores de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Pedro Ruiz Gallo
Por su paciencia y comprensión.

A mi Asesor Metodológico
Por las orientaciones brindadas.

RESUMEN

El sistema penitenciario presenta un serio problema de corrupción propiciado por el hacinamiento, la falta de personal, el clima laboral negativo y adverso, entre otros. Los circuitos de corrupción existentes son alimentados por lo que se conoce como la “corrupción por contaminación”, la misma que está ampliamente extendida en nuestro sistema penitenciario y requiere ser enfrentado de forma urgente.

Otro de los graves problemas es el aumento desmedido de la población penitenciario (POPE). En enero del 2012 había un total de 77 515 personas, entre la población intramuros y extramuros: y en octubre del 2016 según las últimas encuestas del INPE, existían un total de 97 651 personas. Como se observa, en los últimos 5 años se ha incrementado la población penitenciaria en 30 136 internos. Como puede advertirse, el sistema penitenciario peruano presenta una serie de problemas que dificulta, y de cierto modo evita, la resocialización y rehabilitación.

La Constitución Política de 1993 del Perú y los derechos fundamentales, son base de nuestro régimen jurídico, mediante la cual los legisladores elaboran la normatividad, en consecuencia, las normas legales deberán ser concordantes con el texto constitucional, respetando los derechos humanos.

Sin embargo, al existir en los últimos años, muchos delincuentes considerados peligrosos y proclives a la reincidencia, se elaboró la Ley N° 28726 que incorporo a nuestro Código Penal de 1991 las figuras referidas a **"la reincidencia y habitualidad"** (Artículos 46° B y 46° C del Código Penal), con lo cual el juez puede agravar o aumentar la pena.

Por lo tanto la presencia de la Ley N° 28726, introduce modificaciones al Código Penal, que ha ocasionado un gran impacto dentro del campo Penal, tal es así que diversos autores han criticado la inconstitucionalidad de los artículos 2° y 3° de la Ley en comentario, dada su inconsistencia, incoherencia e incongruencia con los fines de la pena (**función preventiva, protectora y resocializadora**), y demás principios universalmente aceptados, por lo que en ese sentido, se aconseja la previsión de un tratamiento preventivo. Sin embargo, existen otras posiciones doctrinales quienes respaldan la permanencia de la ley mencionada; en consecuencia, nos formulamos el siguiente problema: **¿La agravación de la pena por reincidencia atenta contra la función resocializadora de la pena?**

ABSTRACT

The penitentiary system presents a serious corruption problem caused by overcrowding, lack of personnel, negative and adverse work environment, among others. The existing corruption circuits are fed by what is known as "corruption by contamination", the same that is widespread in our prison system and needs to be addressed urgently.

Another one of the serious problems is the excessive increase of the penitentiary population (POPE). In January 2012 there were a total of 77,515 people, between the intramural and extramural population: and in October 2016 according to the latest INPE surveys, there were a total of 97,651 people. As noted, in the last 5 years the prison population has increased by 30,136 inmates. As can be seen, the Peruvian prison system presents a series of problems that make it difficult, and in a way avoids, re-socialization and rehabilitation.

The Political Constitution of 1993 of Peru and fundamental rights are the basis of our legal regime, through which legislators elaborate the regulations, consequently, the legal norms must be concordant with the constitutional text, respecting human rights.

However, since there have been many delinquents considered dangerous and prone to recidivism in recent years, Law No. 28726 was drafted that incorporated the figures referring to "recidivism and habituality" into our 1991 Penal Code (Articles 46 ° B and 46 ° C of the Penal Code), with which the judge can aggravate or increase the penalty.

Therefore the presence of Law No. 28726, introduces amendments to the Criminal Code, which has caused a great impact in the criminal field, such that several authors have criticized the unconstitutionality of articles 2 and 3 of the Law in comment, given its inconsistency, incoherence and inconsistency with the purposes of punishment (preventive, protective and re-socializing function), and other universally accepted principles, so in that sense, it is advisable to foresee preventive treatment. However, there are other doctrinal positions that support the permanence of the aforementioned law; consequently, we formulate the following problem: Does the aggravation of the penalty for recidivism threaten the resocializing function of punishment?

INTRODUCCIÓN

Nuestro sistema jurídico y la elaboración de normas deberán ser concordantes con el texto constitucional, y los derechos fundamentales del ser humano. Pero al existir en los últimos años muchos delincuentes considerados peligrosos y propensos a la reincidencia, se creó la ley 28726 que incorporó al artículo 46° del Código Penal las figuras de reincidencia y habitualidad, con lo cual el juez puede agravar o aumentar la pena.

Por lo tanto, no es un secreto que la nueva normativa la ley N° 28726 ha dejado de lado la reinserción social del delincuente que ha ido dando paso progresivamente a un abandono del tratamiento penitenciario de los presos favoreciendo el mantenimiento y acumulación de penas. En este sentido, cabe invocar también que el sistema penal tiene como objetivo la prevención de nuevos delitos como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

Por lo tanto la presente investigación es de suma importancia para poder determinar si el empleo del aumento de las sanciones penales por reincidencia, por muy necesario que parezca para la seguridad ciudadana, pasa los tres principios básicos que son: la humanidad de las sanciones, la proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito y la posibilidad de la reintegración del delincuente en la sociedad, y asimismo para identificar si agravar la pena es el tratamiento más adecuado para que el delincuente no vuelva a recaer en cometer delitos; ante esto nos formulamos el siguiente problema: ¿La agravación de la pena por reincidencia atenta contra la función resocializadora de la pena?. Y para ello la propuesta de investigación es plantear una encuesta al consejo técnico penitenciario y a los magistrados para determinar si la sobreincriminalización por reincidencia vulnera la función resocializadora y examinar si los incrementos de la pena del agente, son admisibles desde el punto de vista del Estado Democrático de Derecho.

En efecto en la actualidad, la legislación penal y procesal ha dejado en un plano muy secundario la reinserción social del delincuente que ha ido dando paso progresivamente a un abandono del tratamiento penitenciario de los presos favoreciendo el mantenimiento y acumulación de penas. En este sentido, cabe invocar también que el sistema penal tiene como objetivo la prevención de nuevos delitos como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTOS.....	4
RESUMEN.....	5
ABSTRACT.....	6
INTRODUCCION.....	7
CAPITULO I: ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	12
1.1.-UBICACIÓN.....	12
1.2.-SURGIMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
1.2.1.-Planteamiento del problema.....	12
1.2.2.-Formulacion del problema.....	13
1.2.3.-Justificacion e importancia del estudio.....	13
1.3.-MANIFESTACION Y CARACTERÍSTICAS DEL PROBLEMA.....	14
1.4.-OBJETIVOS.....	14
1.4.1.-Objetivo General.....	14
1.4.2.-Objetivo Específicos.....	14
1.5.-HIPOTESIS.....	15
1.6.-VARIABLES.....	15
1.7.-DESCRIPCIÓN DETALLADA DE LA METODOLOGÍA.....	15
1.7.1.-Diseño de contrastación de la hipótesis.....	15
1.7.1.1.-Descriptiva.....	16
1.7.1.2.-Evaluativa.....	16
1.7.2.-Poblacion y Muestra.....	16
1.7.3.-Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	17
1.7.4.-Métodos y procedimientos para la recolección de datos.....	18
1.7.5.-Análisis estadísticos de los datos.....	18
CAPITULO II: MARCO TEORICO.....	19

SUB CAPITULO I: LA REINCIDENCIA

1.-EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	19
-----------------------------	----

2.-CONCEPTO.....	27
3.-LAS TEORÍAS EXPLICATIVAS.....	28
3.1.-La justificación por vía de la “doble lesión”	29
3.2.-La justificación a través del abandono del derecho penal de garantías	29
3.3.-La justificación a través de la culpabilidad de autor.....	30
3.4.-La justificación por la mayor culpabilidad de acto.....	30
4.-POSICIÓN DOCTRINAL.....	31
5.-REINCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	31
6.-TIPOS DE REINCIDENCIA.....	32
6.1.-Reincidencia Específica.....	32
6.2.-Reincidencia Genérica.....	32
7.-REQUISITOS DE LA REINCIDENCIA.....	32
8.-LA HABITUALIDAD.....	33
8.1.-Concepto.....	33

SUB CAPITULO II: NOCIONES GENERALES DE LA PENA Y SUS FINES

1.-ETIMOLOGÍA DE LA PENA.....	33
2.-DEFINICIÓN DE LA PENA	33
3.-CARACTERÍSTICAS DE LA PENA.....	34
3.1.-Personal.....	34
3.2.-Proporcionada.....	34
3.3.-Determinada.....	35
3.4.-Flexible.....	35
3.5.-Pronta e ineludible.....	35
6.-Individualizada.....	36
4.-FINES DE LA PENA.....	36

SUB CAPITULO III: LA AGRAVACIÓN DE LA PENA POR REINCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO Y LOS FINES DE LA PENA

1.-ILEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA AGRAVACIÓN DE LA PENA POR REINCIDENCIA.....	37
--	----

1.1.-Violación al principio de culpabilidad por el hecho.....	37
1.2.-Violación al principio de presunción de inocencia.....	41
1.3.-Violación al principio non bis in	42
2.-LA REINCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO Y LOS FINES DE LA PENA.....	47
2.1.-Antecedentes Legales y Doctrinarios.....	47
2.2.-Antecedentes Normativos Comparativos en Latinoamérica.....	47
3.-DOCTRINA DOGMÁTICA, APORTES Y CRÍTICA PERSONAL.....	48

SUB CAPITULO IV: EL PROBLEMA PENITENCIARIO

1.-ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS.....	52
1.1.-Antigüedad de los establecimientos penitenciarios.....	53
2.-LA PRISIONIZACION.....	56
3.-EL HACINAMIENTO CARCELARIO.....	60
4.-EL PRESUPUESTO ASIGNADO AL INPE.....	65
5.-EL PROBLEMA CARCELARIO EN AMERICA LATINA.....	68
5.1.-Situación carcelaria de Bolivia.....	68
5.2.-Situación carcelaria de Colombia.....	69
5.3.-Situación carcelaria de Chile.....	70
5.4.-Situación carcelaria de Ecuador.....	71
5.5.-Situación carcelaria de Venezuela.....	72
6.-TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	72
6.1.-Trabajo.....	72
6.2.-Asistencia Social.....	74
6.3.-Asistencia Legal.....	76
6.4.-Asistencia Psicológica.....	77
7.-PROGRAMA RETO.....	78

CAPITULO III: ANALISIS Y DISCUSION DE LOS RESULTADOS DE O LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS.....

1.-PRESENTACION E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS.....	80
1.1.-Los Jueces de los Juzgados Unipersonales de Chiclayo.....	80

1.2.-Al personal del Tratamiento Técnico Penitenciario del Establecimiento Penitenciario de Pícsi.....	86
2.-ANÁLISIS.....	95
3.-DISCUSIÓN.....	96
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	98
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99
ANEXOS.....	102

CAP. I ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1.-UBICACIÓN

Corte Superior de Justicia de Lambayeque

Establecimiento Penitenciario de Chiclayo - Pisci

1.2.-SURGIMIENTO DEL PROBLEMA

El fundamento determinante que originó el planteamiento del presente trabajo de investigación es determinar si la mayor permanencia en prisión y las normas de régimen penitenciario más severas son una buena receta para la reducción de la delincuencia y así proteger la seguridad ciudadana y; analizar si las penas de larga duración absorben y hacen perder las costumbres sanas generando un paulatino cambio de vida, arrastrando una modificación en la escala de valores que los acercan más a constituir un factor criminógeno que a lograr una resocialización, por cuanto la mayoría de condenados y sobre todo los que pasan una larga instancia en la cárcel, suelen ser sometidos a un cruento proceso de carácter irreversible llamado prisionalización en el que, por el dilatado tiempo de su encierro, pierden su personalidad, desintegrando su sociabilidad y toda su vida.

Los informes estadísticos y estudios empíricos nos muestran que los criminales habituales al delito “delincuentes residuales” ingresan a la cárcel tres o más veces, sin mostrar cambios positivos. Esto significa que el efecto de las medidas de resocialización y rehabilitación no es viable por las condiciones en que se presenta el sistema carcelario. Por otro lado, en la realidad cotidiana de nuestras prisiones, no existe ni ha existido una práctica de resocialización efectiva. Los internos están sometidos a un clima de violencia variada, desde la violencia física entre los mismos internos y el proveniente de los carceleros.

En consecuencia, como afirmar que los delincuentes son irrecuperables, si lo que se hace es exacerbar su desadaptación social en lugar de reinsertar a la sociedad. En la práctica se está desocializando en lugar de resocializar y rehabilitar.

1.2.1.-Planteamiento del problema

Nuestro sistema jurídico y la elaboración de normas deberán ser concordantes con el texto constitucional, y los derechos fundamentales del ser humano. Pero al existir en los últimos años muchos delincuentes

considerados peligrosos y propensos a la reincidencia, se creó la ley 28726 que incorporó al artículo 46° del Código Penal las figuras de reincidencia y habitualidad, con lo cual el juez puede agravar o aumentar la pena.

Por lo tanto, no es un secreto que la nueva normativa la ley N° 28726 ha dejado de lado la reinserción social del delincuente que ha ido dando paso progresivamente a un abandono del tratamiento penitenciario de los presos favoreciendo el mantenimiento y acumulación de penas. En este sentido, cabe invocar también que el sistema penal tiene como objetivo la prevención de nuevos delitos como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

Por lo tanto la presente investigación es de suma importancia para poder determinar si el empleo del aumento de las sanciones penales por reincidencia, por muy necesario que parezca para la seguridad ciudadana, pasa los tres principios básicos que son: la humanidad de las sanciones, la proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito y la posibilidad de la reintegración del delincuente en la sociedad, y asimismo para identificar si agravar la pena es el tratamiento más adecuado para que el delincuente no vuelva a recaer en cometer delitos; ante esto nos formulamos el siguiente problema: ¿La agravación de la pena por reincidencia atenta contra la función resocializadora de la pena?. Y para ello la propuesta de investigación es plantear una encuesta al consejo técnico penitenciario y a los magistrados para determinar si la sobreincriminalización por reincidencia vulnera la función resocializadora y examinar si los incrementos de la pena del agente, son admisibles desde el punto de vista del Estado Democrático de Derecho.

1.2.2.-Formulación del problema

¿El aumento de la pena por reincidencia en el código penal atenta contra la función de resocialización?

1.2.3.-Justificación e importancia del estudio

El fundamento determinante que originó el planteamiento del presente trabajo de investigación es determinar si la mayor permanencia en prisión y las normas de régimen penitenciario más severas son una buena receta para la reducción de la delincuencia y así proteger la seguridad ciudadana y; analizar si las penas de larga duración absorben y hacen perder las costumbres sanas generando un paulatino cambio de vida, arrastrando una modificación en la escala de valores que los acercan más a constituir un factor criminógeno que a lograr una resocialización, por cuanto la mayoría de condenados y sobre todo los que pasan una larga

instancia en la cárcel, suelen ser sometidos a un cruento proceso de carácter irreversible llamado prisionalización en el que, por el dilatado tiempo de su encierro, pierden su personalidad, desintegrando su sociabilidad y toda su vida.

Los informes estadísticos y estudios empíricos nos muestran que los criminales habituales al delito “delincuentes residuales” ingresan a la cárcel tres o más veces, sin mostrar cambios positivos. Esto significa que el efecto de las medidas de resocialización y rehabilitación no es viable por las condiciones en que se presenta el sistema carcelario. Por otro lado, en la realidad cotidiana de nuestras prisiones, no existe ni ha existido una práctica de resocialización efectiva. Los internos están sometidos a un clima de violencia variada, desde la violencia física entre los mismos internos y el proveniente de los carceleros.

En consecuencia, como afirmar que los delincuentes son irrecuperables, si lo que se hace es exacerbar su desadaptación social en lugar de reinsertar a la sociedad. En la práctica se está desocializando en lugar de resocializar y rehabilitar.

1.3.-MANIFESTACION Y CARACTERÍSTICAS DEL PROBLEMA

La sobreincriminalización por reincidencia vulnera la función resocializadora lo que imposibilita la reintegración del delincuente en la sociedad o limitar la duración de las penas privativas de la libertad para que se garantice el cumplimiento de la prevención general. El Estado debe contratar más profesionales especializados en tratamiento penitenciario que se dediquen completamente para cada interno y así resocializarlo como función de la pena para que de esta forma evitar la reincidencia.

1.4.-OBJETIVOS

1.4.1.-Objetivo General

Determinar si la figura de la reincidencia en la agravación de la pena atenta contra los fines de la pena.

1.4.2.-Objetivo Específicos

- Determinar si el empleo del aumento de las sanciones penales por reincidencia pasa los tres principios básicos que son: la humanidad de las penas, proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito y la reintegración del delincuente en la sociedad.

- Determinar si el tratamiento penitenciario es frecuente, continuo y progresivo a los internos.
- Analizar la figura de la reincidencia y la resocialización de los internos.
- Analizar si los actuales programas cumplen con la finalidad de la pena.
- Analizar si existe restricciones a derechos en los procedimientos de ejecución de condenar por ser reincidentes o no es una medida de seguridad o no cumplen con los fines de la pena

1.5.-HIPOTESIS

Si, la sobreincriminalización por reincidencia vulnera la función resocializadora lo que imposibilita la reintegración del delincuente en la sociedad o limitar la duración de las penas privativas de la libertad para que se garantice el cumplimiento de la prevención general. El Estado debe contratar más profesionales especializados en tratamiento penitenciario que se dediquen completamente para cada interno y así resocializarlo como función de la pena para que de esta forma evitar la reincidencia.

1.6.-VARIABLES

VARIABLES	INDICADOES	SUB INDICADORES	INDICES	TECNICA
Variable independiente El aumento de la pena por reincidencia	Reincidencia	Doctrina	Nacional	Fichas
	Acumulación de penas	Doctrina	Nacional	Fichas
	Fracaso de los fines de la pena	Jurisprudencia	Nacional	Fichas
Variable dependiente Función resocializadora	Proteger la seguridad de los ciudadanos	Juzgados Unipersonales	Principio de protección	Encuesta
				Ficha
				Observación
	Tratamiento pos penitenciario	Órgano de tratamiento técnico penitenciario	Principio de resocialización	Fichas
				Encuesta
				Observación

1.7.-DESCRIPCIÓN DETALLADA DE LA METODOLOGÍA

1.7.1.-Diseño de contrastación de la hipótesis

El diseño de investigación de este trabajo es descriptiva y evaluativa:

1.7.1.1.-Descriptiva

Porque este tema de investigación tratara de describir los hechos que se ven reflejados en la realidad de la agravación de la pena por reincidencia en el Código Penal que atenta el fin de la pena en el Establecimiento Penitenciario de Pícsi y a la vez recolectar datos que conlleven a probar esta investigación a través del mecanismo de encuestar a las personas para determinar si la mayor permanencia en prisión (aumento de la pena por reincidencia) resocializa al penitenciario.

1.7.1.2.-Evaluativa

Nos dirigimos a los resultados que llegaremos al final del trabajo en base a nuestros objetivos planteados, siguiendo un cronograma de actividades para poder alcanzar de una manera eficiente tales resultados; por último, para poder llegar a ello tenemos que realizar diferentes métodos de investigación.

1.7.2.-Poblacion y Muestra

POBLACION

Los magistrados de los juzgados unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo el Órgano Técnico Penitenciario encargado del Establecimiento de Pícsi.

MUESTRA

Fórmula para determinar el tamaño de la muestra "n" para la población de tamaño "N"

$$\frac{n = Npq}{(N - 1)D + pq}$$

En donde:

* P es igual a 1-q; y

*D es igual a 2 e/4

* N, es el tamaño de la población en estudio

*n, es el tamaño de la muestra que queremos determinar

*p, es la probabilidad de éxito, es igual a 95%, es decir 0.95

*q, es la probabilidad de fracaso, es de 1-0.95=0.05.

*e, es el error de estimación es dependiente de la estimación anterior y le corresponde la cifra de 0.05; así D=0.000625

ENTONCES:

$$n = \frac{(1931) \times 0.95 \times 0.05}{(N - 1) \times (0.000625) + 0.95 \times 0.05}$$

Es decir la muestra del personal encargado del tratamiento penitenciario son 13 en el Establecimiento de Picsi y a los 9 magistrados de los juzgados unipersonales de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo.

1.7.3.-Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos

TÉCNICAS

A. Información indirecta

Recopilación de la información existente en fuentes bibliográficas (para analizar temas generales sobre la investigación a realizar), recurriendo a las fuentes originales en lo posible: estas fueron libros escritos por autores expertos y páginas web de internet.

B. Observación

Según Vergara, M y Valdes la observación es un procedimiento por el cual recogemos información para la investigación; es el acto de mirar algo sin modificarlo con la intención de interpretarlo y obtener unas conclusiones sobre ello.

C. Análisis documental

Estuvo referida principalmente al conocimiento, que se obtuvo de los archivos y registros con la intención de constatar la veracidad de datos obtenidos por otras fuentes respecto a acciones ejecutadas en el pasado.

INSTRUMENTOS

A. Guía de Información

Estuvo referida principalmente al conocimiento, que se obtuvo de los archivos y registros con la intención de constatar la veracidad de datos obtenidos por otras fuentes respecto a acciones ejecutadas en el pasado.

B. Ficha de observación

Una ficha de observación, es un instrumento de recolección de datos, referido a un objeto específico, en el que se determina variables específicas. Una ficha de observación es un documento que intenta obtener la mayor información de algo (sujeto) observándolo. La ficha puede ser de gran duración o corta duración en el tiempo.

1.7.4.-Métodos y procedimientos para la recolección de datos

El procedimiento de recolección de datos es la acumulación y manipulación de elementos de datos para producir información significativa. Es la técnica que consiste en la recolección de datos para ser evaluados y ordenados, a fin de obtener información útil para el trabajo de investigación, para que pueda tomar las decisiones o realizar las acciones que estime conveniente. (Fernando Azañero Sandoval, "Cómo elaborar una tesis universitaria", Primera Edición Mayo 2016)

Una vez que los datos se han codificado, transferido a una matriz, guardado en un archivo y "limpiado" de errores, el investigador procede a analizarlos.

En la actualidad, el análisis cuantitativo de los datos se lleva a cabo por computadora u ordenador. Ya casi nadie lo hace de forma manual ni aplicando fórmulas, en especial si hay un volumen considerable de datos. Por otra parte, en la mayoría de las instituciones de educación media y superior, centros de investigación, empresas y sindicatos se dispone de sistemas de cómputo para archivar y analizar datos. De esta suposición parte el presente capítulo. Por ello, se centra en la interpretación de los resultados de los métodos de análisis cuantitativo y no en los procedimientos de cálculo.

El análisis de los datos se efectúa sobre la matriz de datos utilizando un programa computacional. El proceso de análisis se esquematiza. Posteriormente veremos paso a paso el proceso. (Siampieri, Fernandez, Baptista. "Metodología de la Investigación". Quinta edición.)

1.7.5.-Análisis estadísticos de los datos

Los datos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas e instrumentos antes indicados, recurriendo a los informantes ya indicados; serán incorporados o ingresados al programa computarizado Microsoft Excel o Spss; y con él se harán cuando menos, los cruces que consideran la hipótesis; y, con precisiones porcentuales, ordenamiento de mayor a menor, y cronológico, serán presentados como informaciones en forma de cuadros y tablas.

CAP. II MARCO TEÓRICO

SUB CAPITULO I: LA REINCIDENCIA

1.-EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La reincidencia como agravante de la pena, en el Perú, constituye una vieja figura incluida ya en los Códigos penales de 1863 y de 1924. Fue proscrita por el CP 1991. Su reingreso comenzó, antes de dictarse Ley N. 28726, mediante las disposiciones relativas al terrorismo, conforme se estipula en el art. 4 del D. Legislativo N° 921.

En cuanto a su definición, en la STC Exp. N. 0014-2006-PI/TC el Tribunal considera que: “[...] la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior”.

García (2008) señala:

La reincidencia no es una situación fáctica, sino es un supuesto normativo de agravación de la responsabilidad penal. Lo fáctico (el nuevo hecho) es valorado negativamente pues el agente demuestra o comunica un mayor desprecio al ordenamiento jurídico. El nuevo hecho es otro para el derecho: es un hecho más aflictivo. Así, solo normativamente (existen diversas posiciones que desarrollan sus fundamentos) se puede explicar el contenido de dicha agravante. p. 67

El Tribunal Constitucional, en la misma Sentencia, indica lo siguiente:

Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el nomen iuris que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión

del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de las sanciones: una sanción por la comisión per se del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona.

El Tribunal Constitucional se coloca en el lugar del legislador y explica los alcances —no establecidos en la Ley N. 28726— de la figura de la reincidencia. Señala que una persona es reincidente cuando, luego de realizarse la subsunción típica de la conducta (debería decir: luego de verificarse la responsabilidad penal), se identifica la existencia de antecedentes penales por el «mismo delito». Es decir, el TC restringe la aplicación de la agravante a los casos en los que haya identidad de delitos cometidos (entiendo, identidad absoluta de tipo penal: objetiva y subjetiva) y no solo a los casos en que haya identidad de delitos dolosos como regula expresamente la Ley (identidad relativa de tipo penal).

La reincidencia constituye una agravante presente en las legislaciones de varios países (España, Italia, Argentina, entre otros). En doctrina se han realizado varios ensayos tendientes a justificarla.

Es todavía fuerte, en los últimos años, la corriente doctrinal que muestra un marcado rechazo a esta forma de agravación de la responsabilidad penal.

Conviene recordar la última parte de la Exposición de Motivos del Código Penal 1991, en la que se resumen los principales argumentos críticos esgrimidos en doctrina:

Derecho y Cambio Social. Estas formas aberrantes de castigar [la reincidencia y habitualidad] sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo [...] carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena [...] conlleva una violación del principio ne bis in ídem (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito) [...] este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social.

Se afirma, además, que la reincidencia y la habitualidad como agravantes atentan al principio de resocialización de las penas consagrado en el art. 139° y 22° de la Constitución pues se trastoca la idea de la resocialización como deber del Estado para convertirse en un deber del condenado. Además, según un

sector de la doctrina, con las figuras de la reincidencia y la habitualidad se vulnera la presunción de inocencia en tanto la anterior comisión del delito por parte del agente presupone la peligrosidad del mismo. Presunción de peligrosidad que agrava la pena sin que se aporte alguna prueba más que la simple verificación de la antigua condena.

Asimismo, se dice que esta agravante es ilegítima porque la sanción supera el marco que es propio al hecho cometido en función de consideraciones sobre la personalidad del sujeto y no sobre el acto realizado. Y es que, para la mayoría, el derecho penal se estructura «sobre la base de comportamientos previstos como delito por el legislador. Se juzga, pues, conductas humanas, no formas de ser, por más desviadas que estas sean.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha declarado que “ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente”

A pesar de esta afirmación categórica, el mismo tribunal sostiene que la figura de la reincidencia no vulnera los principios de ne bis in idem, culpabilidad y proporcionalidad.

En cuanto al primero dice: “El primer delito cometido —aquel que es objeto de consideración— no recibe una pena adicional ni una agravación de esta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto [...]”

El Tribunal Constitucional solo evaluó a la reincidencia como agravante genérica (la incluida en el art. 46 del Código Penal, cuyo límite es aquel que establece el máximo de pena conminada) y no como agravante específica (establecida en el art. 46-B del Código Penal, que supera el máximo de pena conminada).

Para el tribunal, el primer delito cometido no es objeto de una nueva sanción, sino sirve para graduar la pena por lo que no se afectaría el principio de ne bis in idem. En esta parte estoy de acuerdo con lo resuelto, pues en relación con la agravante por reincidencia establecida en el art. 46 del Código Penal no se «crea» una nueva sanción. La pena conminada no se altera, las circunstancias agravantes (entre otras, la reincidencia y la habitualidad, aunque esta última no la menciona el Tribunal Constitucional) tienen como límite el máximo de pena privativa de libertad prevista legislativamente. Por lo tanto, en los casos de las agravantes genéricas (entre ellas, las de ser

reincidente o habitual) no existe una vulneración a la prohibición del bis in ídem. Desde el principio de legalidad, el mensaje normativo, dirigido al ciudadano, no se cambia puesto que él conoce el comportamiento prohibido y el rango de pena (el mínimo y máximo legalmente establecido) por el que, de ser el caso, será sancionado.

Área del Derecho Penal y Penitenciario. (2010) Lo contrario sucede con los alcances de la reincidencia y habitualidad como agravantes específicas, pues en ella sí se establece un nuevo marco punitivo respecto al delito, sobre la base del delito precedente (Art. 46-B y 46-C Código Penal), en una clara vulneración al principio ne bis in ídem. Se valora dos veces un mismo hecho para «crear» una nueva pena. En este sentido, ambas disposiciones resultan inconstitucionales. Desde el principio de legalidad, el ciudadano sabe que existe al ser reincidente— una nueva pena que se funda solamente en un hecho suyo anteriormente sancionado.

En resumen, lo opinado en el párrafo anterior desvalora lo regulado en los Art. 46-B y 46-C en la medida en que con estas disposiciones el legislador materialmente «crea» una nueva pena en contra del «peligroso», al valorar un mismo hecho dos o más veces.

Respecto al principio de culpabilidad, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2, inciso 24, literal f, 37, 140 y 173 de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculcado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N 28726 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional.

Efectivamente, concuerdo con el Tribunal Constitucional cuando afirma que la determinación (entendiendo, cuantitativa) de la culpabilidad debe de ser una decisión formada a partir de una valoración conjunta de diversos criterios (entre ellos, los antecedentes penales del sujeto). Esto, en alusión a lo regulado en el art. 46 del Código Penal.

Sin embargo, cuando se sanciona extramuros de la pena conminada (Art. 46-B y 46-C del Código Penal), la «nueva» pena será producto de la valoración única del pasado criminal, lo cual la deslegitima. Y es que la peligrosidad, en este último caso, deja de ser objetiva (confirmada con otros elementos), para ser puramente subjetiva (por la sola creencia que el sujeto, por haber delinquido, ya es per se un foco de peligro para la sociedad). Se pasa de un derecho penal del “acto” y del “autor” (los que considero acorde con un Estado social y democrático de derecho) a un ilegítimo derecho penal del “ánimo”.

Para ser más explícito con mi posición. Es usual leer y escuchar que mediante la figura de la reincidencia se vulnera el principio de la responsabilidad por el hecho en favor de un —“ilegítimo”— derecho penal del “autor”: “se sanciona por lo que es no por lo que hizo”. No comparto esta posición. En realidad, el derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho es —o deber ser— no solo de «hecho» sino también del “autor”. La actual regulación y la doctrina así lo sigue (diría de forma tácita), en especial cuando se analiza, por ejemplo, la culpabilidad en sentido estricto (como categoría jurídica) pues en ella se evalúa —entre otros elementos— la capacidad del sujeto individualmente considerado de acceder a la norma y de comportarse conforme a ese conocimiento. Otro elemento que demuestra que el derecho penal que defendemos es también del «autor» es el de los criterios de individualización judicial de la pena (Art. 45 y 46 del Código Penal). Y es que para determinar judicial y cuantitativamente la pena no solo se evalúa la afección al bien jurídico, sino también se toma en cuenta las características de la persona (por ejemplo, su cultura o costumbres).

En todo caso, lo reprochable es que se sancione a un sujeto en virtud de la llamada culpabilidad por el “ánimo”. Y es que de esta manera se sanciona al sujeto sin necesidad de que haya manifestado su conducta exteriormente, sino por considerarlo peligroso sobre la base de un juicio anticipado de peligrosidad, o por pertenencia a una determinada raza, género o ideología política. En otras palabras, también por el hecho de haber delinquido anteriormente. Es cierto que, en el caso de la reincidencia, el derecho penal del “ánimo” no abandona al “hecho”: se procesa y sanciona a alguien por el hecho que cometió (aunque hay una doble valoración del hecho, como vimos antes). Sin embargo, la cuantificación de la pena supone una presunción de peligrosidad subjetiva mediante la cual se considera al sujeto, por su mero pasado criminal, como un ser predeterminado a cometer delitos. Lo prescrito en los Art. 46-B y 46-C del Código Penal pone en evidencia, precisamente, el ilegítimo derecho penal del «ánimo».

Con referencia al principio de la proporcionalidad, el Tribunal Constitucional indica que la intervención del legislador al restringir los derechos fundamentales, en el caso de la reincidencia, resulta idónea (el objetivo es legítimo), necesaria (no se dan otros medios alternativos) y es proporcional en sentido estricto (el grado de realización del fin legítimo es equivalente al grado de afectación a la libertad personal). Por tanto, concluye, no se restringe ilegítimamente el derecho a la libertad.

El Tribunal Constitucional en la sentencia materia de comentario, hace referencia a tal principio, en su variante de prohibición o interdicción por exceso, con lo que denota que dicho principio se satisface en sus tres presupuestos (subprincipio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad propiamente dicho), por lo que concluye no infringe el principio de proporcionalidad.

Al respecto, el principio de culpabilidad implica, entre otras cosas, que la gravedad de la pena deberá ser proporcionada a la del hecho cometido. De ahí que se hable de dos aspectos o exigencias que habrá que distinguir en el principio de proporcionalidad: a) Que la pena sea proporcionada al delito (en términos de prevención general negativa y positiva); y b) Que la medida de la proporcionalidad se establezca sobre la base de la importancia social del hecho pues, un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos por la que se impone, según el grado de «nocividad social» del ataque al bien jurídico.

Conviene escindir los alcances de la reincidencia y la habitualidad en tanto agravantes genéricas (Art. 46 del Código Penal) del otro contexto impuesto a nivel legislativo, como agravantes específicas (Art. 46-B y 46-C del Código Penal). En las figuras de la reincidencia y de la habitualidad vistas como agravantes genéricas la culpabilidad por el hecho del “autor” individualmente considerado tiene como dato resaltante el considerarlas como una muestra de la peligrosidad objetiva del sujeto (demostrada junto a otros elementos objetivos). Dicha respuesta estatal la considero proporcional al delito cometido. Y es que, en este caso, existe un mayor injusto en quien reincide en el delito, por lo que merece una respuesta penal diferente, pero limitada al máximo de pena privativa de libertad previsto legislativamente.

Sin embargo, cuando las figuras de la reincidencia y la habitualidad constituyen agravantes específicas, no solo se rebasa el contenido del injusto asignándole un plus de culpabilidad al autor, donde se le reprocha no solo su “modo de vida”, sino que además se le impone una “nueva” sanción que supera los límites de la

pena conminada, lo cual es contrario al principio de proporcionalidad. Y es que “la amenaza penal ha de mantenerse dentro de los límites de la racionalidad, que no suponga un instrumento de manipulación a través del amedrentamiento de la pena”. La reincidencia y la habitualidad, como agravantes específicas, son expresión de un uso irracional de la sanción: pues la misma (“nueva” pena, más grave) no resulta necesaria para alcanzar los fines preventivos, existiendo otros métodos alternativos que reconocen la peligrosidad objetivamente demostrable del sujeto (art. 46 del Código Penal), no de modo subjetivo. Asimismo, por lógica: «si una condena previa denota una mayor culpabilidad para salir de los umbrales de la pena abstracta, entonces la falta de ella bien podría importar una menor culpabilidad y así justificar —con la misma lógica— la imposición de una pena por debajo del mínimo legal; en otras palabras: considerar la no existencia de antecedentes penales como una atenuante».

En el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 fueron fijadas algunas reglas para la aplicación de las figuras de la reincidencia y la habitualidad, asumiendo la constitucionalidad de dichas circunstancias agravantes, ya declarada en la STC Exp. N. 0014-2006-PI-TC —analizada y criticada anteriormente.

Entre otros criterios importantes, el Acuerdo establece, en el párrafo 12, la finalidad y el fundamento de la reincidencia. Así, se afirma que “la reincidencia [tiene como] finalidad [de responder] a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto [...]”. Así, se contradice al Tribunal Constitucional, quien afirma que la finalidad es preventiva general: “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general”. En la conjugación de ambas finalidades podemos encontrar el objetivo que se tuvo al regular la reincidencia. En cuanto al fundamento, este se halla, en ambos documentos, en la agravación de la responsabilidad en virtud de la conducción de la “vida delictiva”. Dicho de otra manera, en el “modo de vida”. Al respecto, conviene señalar que en mi opinión para que la peligrosidad sea objetiva (solo de ese modo se puede fundamentar la reincidencia), no es suficiente el mero pasado criminal para que el Estado responda de forma más grave.

Es necesario se verifique que objetivamente existen otros elementos que manifiesten dicho plus de peligrosidad. Caso contrario, la presunción de riesgo social que recae en el reincidente será ilegítima.

Otra información importante incluida en el Acuerdo es aquella que establece que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Solo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso

pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional.

Con esto, se deja de lado la valoración de la cualidad de reincidente y habitual como agravantes genéricas (art. 46 del Código Penal) para utilizarla solo como agravantes específicas (art. 46-B y 46-C). Por lo que, al reafirmar mi posición descrita líneas arriba y siguiendo lo dicho en el Acuerdo, concluyo que la reincidencia y la habitualidad en el Perú es expresión de una forma de «enemigo» en el sentido jurídico penal del término.

Además, en el Acuerdo se indica que “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 art. 46 B para dicho tipo de agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo legal”. En sí, al existir un nuevo marco conminatorio (más grave) cuando el hecho es cometido por un reincidente o habitual, entonces el legislador ha creado una «nueva» pena, lo que desde mi punto de vista— sustenta la ilegitimidad de esta medida (como dije antes, entre otras cosas, los Art. 46-B y 46-C del Código Penal vulneran la prohibición ne bis in idem: sanciona dos o más veces a una misma persona valorando de manera sucesiva el mismo hecho).

Por último, en el Acuerdo, al interpretar los Art. 46-B 69 Código Penal, se afirma que la reforma de esta última disposición tuvo lugar con la Ley N. 28730 del 13.05.2006, cuatro días después dictarse la Ley N. 28676 que introdujo en el Código Penal justamente, entre otras categorías, la de la reincidencia. Por lo que la primera de las normas, por ser posterior, modificó implícitamente a la segunda. En esa línea, el texto del art. 69 del Código Penal, al indicar que «la reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena», derogó lo dispuesto en el párrafo final del art. 46-B del Código Penal que establecía lo siguiente:

“A efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados”. Con esto, se concluye que “la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta”. Al respecto, es de destacar dos puntos: primero, la regulación del actual art. 69 Código Penal termina con la frase “nueva pena”, lo que

reafirma que la consecuencia penal del hecho cometido por el reincidente o por el habitual es una nueva sanción y, segundo; el «olvido» estadual de los antecedentes penales, judiciales y policiales de la persona es coherente con la figura de la reincidencia (de otro modo no se podría sustentar la aplicación de una pena distinta), pero que deviene ilegítimo cuando se convierte en un mecanismo que posibilita sancionar a una misma persona con una «nueva» pena (más grave) valorando el mismo hecho.

2.-CONCEPTO

Diccionario de la Lengua Española (2001). Reincidencia es la reiteración de una misma culpa o defecto.

Como concepto de derecho penal es un agravante de la responsabilidad criminal, aplicado al reo que reincide en cometer un delito análogo a aquél por el que ya ha sido condenado. Son muchas las acepciones que podemos encontrar dentro de la doctrina sobre Reincidencia.

Para Cabanellas *“Reincidencia es la repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente hablando se dice que reincidencia es la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad”* p. 112

En su sentido literal, reincidir significa «recaer» o «repetir». En su sentido jurídico, el contenido de dicho concepto lo delinea el trabajo legislativo, por lo que debe de acudir al Derecho positivo para entenderlo (aunque, como se verá más adelante, el TC ensaya una definición, no libre de crítica). En el Perú, la Ley N° 28726 (del 9.5.2006) modificó el Código Penal y el CPP 1991 de la siguiente forma. Por un lado, se insertaron en el art. 46 del Código Penal dos agravantes genéricas de la pena: la habitualidad (inc. 12) y la reincidencia (inc. 13). Por otro; se incorporaron en sendas disposiciones se definieron esas agravantes. En el art. 46-B, se dispone:

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

En el art. 46-C se establece:

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

En materia procesal, con la Ley N. 28726, se modificó el art. 135.2 del CPP de 1991, indicándose que para imponer la detención provisional basta que el juez verifique la suficiencia probatoria demostrativa del vínculo del procesado con la comisión del delito y la peligrosidad procesal. No es más necesario que compruebe que la sanción a «imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad». Así pues, para imponer la prisión provisional como medida cautelar es suficiente que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito.

Además, mediante el D. Leg. N° 982 (del 22.07.2007), se modificó el art. 57 del Código Penal referente a la determinación de la ejecución de la sanción, En esta disposición se prevé la improcedencia de la suspensión de la ejecución de la pena cuando el agente es reincidente o habitual.

De esta manera, la calificación a un ser humano de reincidente o habitual incide no solo en el campo de la determinación judicial de la pena, sino también agrava su situación en el proceso y, en algunos casos, provoca un trato más aflictivo cuando se evalúa la posibilidad de que cumpla una pena privativa de libertad efectiva. A continuación, se expondrán algunas ideas haciendo alusión a cada uno de estos tres escenarios, incidiendo en el primero de ellos.

3.-LAS TEORÍAS EXPLICATIVAS

Desde el advenimiento del derecho penal de garantías en el siglo XVIII hasta hoy, se han ensayado muchísimas explicaciones para la reincidencia, unas procurando compatibilizarla con los principios de este derecho penal y otras abiertamente fuera del mismo.

No es posible enumerar aquí y someter a crítica todas estas teorías, pero al menos, en forma sumamente sintética, nos ocuparemos de las más difundidas, aunque cabe precisar que las restantes son variables sin mayor originalidad.

3.1.-La justificación por vía de la “doble lesión”

La tesis de que el delito provoca dos daños (uno inmediato y otro mediato o político) es antigua. Por este camino se ha pretendido ver en la reincidencia un injusto mayor debido a la mayor alarma social que causaría el segundo delito (y consiguientemente, el mayor daño mediato o político). Este criterio, recogido en el Codice Zanardelli, no responde a la realidad, pues autores de todas las épocas (Carrara, Antolisei) han objetado que el mayor daño político es eventual o es muy poco probable que se produzca, dado que en la mayoría de los casos son sólo los jueces y las policías quienes saben del carácter de reincidente. Este “daño político” se convirtió en algo más abstracto, del tipo de un elemento que cierra el discurso, a los efectos de evitar su contingencia, transformándose en una lesión al “interés general en la preservación del orden jurídico” (Manzini). Admitir esta idea implica afirmar que el delito lesiona por lo menos dos bienes jurídicos y que la obediencia al estado es un bien jurídico lesionado en todo delito, siendo independiente de la lesión del bien jurídico del victimizado. En alguna medida es una tesis que opaca el concepto de bien jurídico como base del principio de ofensividad, que es uno de los pilares del derecho penal de garantías.

Por la misma senda puede ubicarse la tesis que ve en todo tipo dos normas: una que prohíbe la conducta típica y otra que impone la abstención de cometer otros delitos en el futuro (Armin Kaufmann). Esta duplicidad de normas, aparte de ser una figura bastante atormentada, deriva necesariamente de un nuevo bien jurídico que sería la mera voluntad estatal. Es incuestionable que en este planteamiento la disciplina se convierte en un bien jurídico, pues en modo alguno puede sostenerse que la segunda norma se limita a tutelar el bien jurídico afectado por el segundo delito, dado que en ese caso no se explicaría el plus de penalidad.

3.2.-La justificación a través del abandono del derecho penal de garantías

Abiertamente fuera del derecho penal de garantías, es decir, prácticamente en abierta oposición a los principios liberales del racionalismo, se colocó el positivismo monista italiano, que explicó la reincidencia a través de la peligrosidad (Ferri), o sea, reduciendo al hombre a una “cosa” regida mecánicamente y restándole su jerarquía de persona. Incluso dentro de esta vertiente autoritaria la explicación de la reincidencia mediante la peligrosidad resulta contradictoria, puesto que todo juicio de peligrosidad debe entenderse como juicio de probabilidad, es decir, que no puede presumirse. Sin embargo, se cae en una contradicción jamás explicada al apelar a la «peligrosidad presunta», que de este modo se transforma en un concepto incomprensible.

3.3.-La justificación a través de la culpabilidad de autor

En sus variantes de «culpabilidad de autor», de “carácter” o “por la conducción de la vida”, todas las cuales exceden el marco del derecho penal de acto y, por lo tanto, del derecho penal de garantías, la culpabilidad por lo que se es ha servido a un considerable número de autores para explicar la reincidencia.

A diferencia del positivismo, que pretende explicarla por una característica del autor que se proyecta hacia el futuro, la culpabilidad de autor prefiere hacerlo por la vía de una característica del autor que se proyecta desde el pasado. El positivismo pretende salirse de las pautas garantistas en función de un concepto preventivo-especial de pena y la culpabilidad de autor lo hace en función de una idea retributiva de la pena.

Es claro que en estos últimos intentos se reprochan —y por lo tanto se retribuyen— caracteres personales que no son acciones, o bien, son acciones anteriores y atípicas. De alguna manera, son corrientes que no hacen más que perfeccionar dogmáticamente teorías que provienen de mucho más lejos y que la mayor gravedad de la pena del segundo delito la justificaban porque ponía de manifiesto una mayor perversidad del autor (Pacheco, por ej.). En cierto sentido, y fuera del planteo dogmático en términos modernos, también cabría considerar aquí la explicación por la vía de la insuficiencia de la pena sufrida, que pondría de manifiesto una mayor insensibilidad del autor (Carrara), lo que bien puede emparentarse con una mayor necesidad de “controspinta pénale” (Romagnosi) o de “psychologische Zwang” (Feuerbach).

3.4.-La justificación por la mayor culpabilidad de acto

En algunos autores ha primado el criterio de que la reincidencia implica un desprecio por el valor admonitorio de la condenación precedente. En forma expresa algunos autores piensan que, así como existen beneficios para quienes ponen de manifiesto su arrepentimiento, es natural que suceda lo contrario cuando con la reincidencia se muestra la falta de arrepentimiento (Latagliata). La admonición de la primera condenación generaría una mayor o más actual conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho y, por ende, un mayor grado de culpabilidad (Maurach).

Nos parece que esta afirmación es gratuita, porque la conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho es por completo independiente de la condena anterior, pudiendo ser incluso menor o no existir, sin que para

nada tenga relevancia a sus efectos el primer hecho. El argumento sería relativamente válido sólo en caso de reincidencia específica y en delitos que requieren cierto grado de esfuerzo y abstracción para la comprensión de su antijuridicidad.

En resumen: podemos comprobar que la reincidencia se explica en los planteos jurídico-penales en la medida en que se abandona el derecho penal de acto, aunque a veces, ni siquiera en estas posiciones la explicación resulta coherente. Por el contrario, las tentativas de explicarla dentro del marco de un derecho penal de acto son todas insatisfactorias.

4.-POSICIÓN DOCTRINAL

Determinado sector doctrinal en donde encontramos a Carrara, Rossi y otros, la *reincidencia constituye una circunstancia agravante* para la responsabilidad, criterio recogido por la mayoría de las legislaciones; mientras que Carmignani, Merkel y Mittermaier, niegan la procedencia de la agravación. Y no faltan penalistas (Bucellati y Kleinschrod) que afirman que debe considerarse como causa de atenuación; ya sea porque la repetición del delito obedece a una disminución de la imputabilidad, ya sea porque es repetición se deriva de fallas en la organización social y de los malos sistemas penales y penitenciarios.

Jiménez de Asúa considera que la *reincidencia* constituye un concepto tendiente a desaparecer, para ser substituido por el de la *habitualidad*; y de ahí que no deba reputarse como circunstancia ni de agravación ni de atenuación de la pena; puesto que demuestra que el delincuente habitual es insensible a la sanción, y se mantiene en un estado de peligrosidad del cual hay que defenderse con medidas especiales. Ello lleva implícito algo más que una agravante: la eliminación o el encierro perpetuo.

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

5.-REINCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Hasta antes del 9 de mayo de 2006 en que se publicó la Ley N° 28726 la Reincidencia y la Habitualidad eran instituciones que no aparecían en nuestro Código Penal. Sin embargo, la modificación literal que hace al

respecto esta nueva ley en sus dos primeros artículos es evidente: “Incorpóranse al artículo 46° del Código Penal los incisos 12 y 13, con el siguiente tenor: 12. La habitualidad del agente al delito. 13. La reincidencia.” (Artículo 1° de la Ley N° 28726)

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

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

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

6.-TIPOS DE REINCIDENCIA

6.1.-Reincidencia Específica

Es la circunstancia agravante de reincidencia, por antonomasia. La repetición de igual delito o de otro tan parecido que figure en el mismo título del código, contraria así a la especialización delictiva.

6.2.-Reincidencia Genérica

La impropia, la agravante de reiteración, donde existe repetición en el delito, pero variedad en la especie; por ejemplo, una vez se robó y en otra se incurrió en cohecho.

7.-REQUISITOS DE LA REINCIDENCIA

Los requisitos de la reincidencia son:

- Condena con sentencia ejecutoriada por el primer delito.
- Que el sujeto cometa otro delito.
- Desde el cumplimiento de su última condena no haya transcurrido 5 años.

8.-LA HABITUALIDAD

8.1.-Concepto

En el campo del Derecho Penal, la habitualidad implica la comisión reiterada de delitos, generalmente del mismo orden. El delincuente habitual es el que incursiona reiteradamente en el campo de la delincuencia.

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 108°, 121°-A, 121°-B, 152°, 153°, 153°-A, 173°, 173°-A, 186°, 189°, 200°, 297°, 319°, 320°, 321°, 325°, 326°, 327°, 328°, 329°, 330°, 331°, 332° y 346° del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en el párrafo anterior, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en los delitos antes señalados.

SUB CAPITULO II: NOCIONES GENERALES DE LA PENA Y SUS FINES

1.-ETIMOLOGÍA DE LA PENA

El término pena proviene latín poena y posee una connotación de dolor causado por un castigo.

Del latín *poena*, una **pena** es la **condena**, la **sanción** o la **punición** que un juez o un tribunal impone, según lo estipulado por la legislación, a la persona que ha cometido un delito o una infracción.

2.-DEFINICIÓN DE LA PENA

Villa Stein (2001) La pena es la facultad que tiene el Estado para intentar evitar las conductas delictivas. La pena también puede considerarse como una sanción que produce la pérdida o restricción de

derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito. p. 89

La pena es un castigo que se impone por las autoridades facultadas por la propia ley, con el objetivo de sancionar al sujeto que comete un delito o falta.

3.-CARACTERÍSTICAS DE LA PENA

3.1.-Personal

Con respecto a esta característica se entiende que solamente debe de imponerse la pena al autor culpable, atendiendo de esta manera al principio de culpabilidad; por consiguiente, nadie puede ser castigado por ilícitos cometidos por otros, la responsabilidad se entiende que es personal porque va ser aplica a la persona que resulte culpable después de haber llevado a cabo un juicio previo; no obstante, no podemos negar que el sufrimiento del condenado pueda extenderse a su familia o a terceras personas, es decir, que a pesar de que es personal tiene trascendencia social.

Un efecto secundario lo encontramos en las repercusiones negativas que la ejecución de la pena pueda tener en la familia del condenado, un claro ejemplo lo encontramos en el alto índice de adicción a las drogas de niños y adolescentes, la desintegración familiar, la prostitución etc. Que son la consecuencia de la aplicación de una pena a algún familiar; de esta manera se provoca así la existencia de auténticas víctimas indirectas del delito por ser víctimas directas de la pena.

3.2.-Proporcionada

Con relación a esta característica. De León Velasco y De Mata Vela señalan que la pena debe ser proporcionada a la naturaleza y a la gravedad del delito, atendiendo a los caracteres de la personalidad del delincuente, valorados objetiva y subjetivamente por el juzgador en el momento de dictar sentencia condenatoria. Esta proporcionalidad que debe existir entre la pena y el delito es tarea primordial del juzgador, quien debe ser objetivo a la hora de aplicar una pena, basándose en los medios probatorios que se produzcan durante el debate; *sería ilógico pensar que una persona que se le encuentre culpable de un hurto de una cadena de oro se le imponga una pena máxima.*

La proporcionalidad de la pena debe tener en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia.

3.3.-Determinada

En cuanto a esta característica considero que la pena debe de estar determinada en la legislación penal, el condenado no debe de tener más sufrimiento que el que la ley señala, esta característica va íntimamente relacionada con el principio de legalidad puesto que el juzgador no debe de aplicar una pena que no esté previamente establecida en la ley.

3.4.-Flexible

A la anterior característica le sumamos la de flexibilidad, en el entendido que debe ser fijada la pena dentro del mínimo y máximo que señala la ley, en el artículo 65 del Código Penal se establece que *"el juez o tribunal determinará en la sentencia, la pena que corresponda, dentro de un mínimo y un máximo señalado por la ley, para cada delito"*. Esta característica se extiende a que debe ser flexible también en cuanto a una impugnación para reparar un error judicial; como dice Sebastián Soler, Citado por De León Velasco y De Mata Vela, *"la pena es elaborada y aplicada por el hombre, por el cual supone siempre una posibilidad de equivocación"*.

3.5.-Pronta e ineludible

Para cumplir con las finalidades de la pena, es necesario que la justicia se apronta e ineludible. Citado por Mapelli Caffarena, Robespierre, en su discurso sobre los principios de moral política, afirma taxativamente que *"la lentitud de los juicios equivale a la impunidad y la incertidumbre de la pena estimulada a todos los culpables"*. Una administración de justicia ineficaz consigue con su lentitud que el poder intimidante de la pena desaparezca, la conciencia social perturbada por el crimen quede insatisfecha al ver que los culpables siguen sin castigo y la ejemplaridad de este desaparece con el tiempo, ejemplo latente en estos tiempos son los linchamientos, ya que las personas optan por hacer justicia con su propia mano.

De todo lo anterior, se puede afirmar que la pena debe ser aplicada con la mayor brevedad posible, por la incidencia negativa de los retrasos en la aplicación de justicia que es latente cuando el sujeto se encuentre en prisión preventiva.

3.6.-Individualizada

Partiendo del principio constitucional de que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, la ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador al tipificar los hechos constitutivos del delito, no lo hace para alguna persona en particular, lo hace en forma abstracta, de manera de que a la hora de que alguna persona transgreda la ley exige que debe de individualizar al infractor para poder aplicar la pena.

Como señala MapelliCaffarena: *"La ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador tipifica hechos; no puede tener a la vista personalidades concretas. Pero como la pena no se impone a hechos sino a personas, y no a personas en abstracto, sino a individuos concretos, se exige su individualización "*. Por supuesto, la individualización, que supone acercamiento de la norma general al caso concreto, no puede hacerse atendiendo a rasgos específicos que no justifiquen un tratamiento penal diferenciado.

4.-FINES DE LA PENA

Los Fines de la Pena y Las Medidas de Seguridad. En atención a la prevención especial positiva, el tratamiento tiene un objetivo distinto del de la mera retribución, finalidad principal de la pena. La finalidad de asegurar al ciudadano un tiempo determinado de sanción con la posibilidad de que la autoridad aplique indefinidamente una privación o restricción.

Dice también Feuerbach sobre la imposición de la pena que "el fin de la imposición de la misma es fundamentar la efectividad de la amenaza legal, en cuanto que sin ella esa amenaza sería vana (ineficaz)"

Las medidas de seguridad están destinadas a controlar al individuo a neutralizar su estado peligroso, a modificar sus disposiciones delictuosas y a cesar hasta obtener tal cambio. La Pena tiene su profunda funcionalidad destinada al control de los encerrados en prisión.

La pena y las medidas de seguridad tienen como finalidad en forma general la prevención:

- PREVENTIVA GENERAL, en el momento de la amenaza.
- RETRIBUTIVA, en el momento de la individualización de la pena.
- PREVENTIVA ESPECIAL, en el momento de la ejecución de la sanción.

El castigo (pena) en el momento de la punición, cumple una doble función: a) Castigar para prevenir la futura comisión de delitos por parte de la comunidad y el infractor (prevención general), pero también la concreción del castigo sirve para satisfacer una necesidad social de justicia o de que la justicia se aplica y en este sentido la pena es una retribución que se entiende como justa por la comunidad, y a veces, por el propio infractor.

El fin de la pena tiene que partir de la función compensatoria de la pena, en cuanto la pena sirve a la justa retribución del injusto y la culpabilidad, sin perjuicio de que ello satisfaga también las exigencias de la comunidad. Pero también satisfacer las necesidades de prevención especial, esto es, el tribunal ha de considerar a la pena como medio para reconducir al reo hacia una vida ajustada a la ley y ordenada.

SUB CAPITULO III: LA AGRAVACIÓN DE LA PENA POR REINCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO Y LOS FINES DE LA PENA

1.-ILEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA AGRAVACIÓN DE LA PENA POR REINCIDENCIA

La previsión legal de la llamada “reincidencia”, como causa de agravación de la situación punitiva del condenado, violenta normas constitucionales en forma manifiesta

Veamos cuáles son las principales normas afectadas y qué razones existen para explicar tal inconstitucionalidad.

1.1.-Violación al principio de culpabilidad por el hecho

Chazarra. La regulación argentina del instituto de la “reincidencia” no toma como base (para agravar la pena) la culpabilidad del autor por el hecho que se juzga, sino la existencia de penas privativas de la libertad cumplidas con anterioridad en relación con otros delitos distintos al juzgado. Por ello, viola el principio de culpabilidad por el hecho, según el cual no hay pena sin que el autor de un hecho

pueda haberse contramotivado en la ley penal para no cometerlo. Tal principio es una consecuencia necesaria del principio de legalidad penal, que exige, como condición de legitimidad constitucional de la pena, la descripción del delito y de la pena efectuada en una ley anterior al hecho del proceso. Es una consecuencia lógica de este principio, porque la ley penal anterior se exige, precisamente, para posibilitar su conocimiento y comprensión y, por ello, para acordar a las personas la posibilidad de contramotivación en ella (que es lo que da contenido al principio de culpabilidad por el hecho).
p. 43

La transgresión al principio constitucional de culpabilidad por el hecho se presenta por cuanto el aumento del rigorismo punitivo (que de una manera u otra se traduce en un mayor tiempo dentro de la cárcel) se fundamenta, realmente, en la "peligrosidad" que se dice "demostrada" y no en un mayor reproche penal por el hecho juzgado (aunque muchos no lo expliquen de este modo).

Al fundarse la mayor severidad del trato legal no en la conducta que es materia de juzgamiento, sino en conductas anteriores de la vida del sujeto (o en el cumplimiento anterior de otra pena), el objeto del juicio de reproche deja de ser el hecho cometido y juzgado para dirigirse a aquello que el individuo es [o, más propiamente, lo que fue, pues se valora el delito anterior (o la pena que antes debió cumplir por ese delito) como un síntoma de peligrosidad]. De esta manera, se está instaurando una forma de "derecho penal de autor" (a través de la "culpabilidad de autor"), lo que constituye (además de una violación al principio de culpabilidad por el hecho y, por ende, a los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional) un sutil quebrantamiento del art. 19 constitucional, a partir del cual se elabora un "derecho penal de acto" o "de acción" no sólo a nivel del juicio de culpabilidad (que es un juicio de reproche por el hecho juzgado), sino a su vez a nivel del juicio de tipicidad (por lo que el legislador debe prohibir sólo acciones).

Precisamente son esas acciones prohibidas (y no otras ya valoradas en otras sentencias, ni otras penas ya cumplidas por algún hecho anterior, ni tampoco lo que autor "evidencie" ser a través de ellas) las que el principio de legalidad penal (a través de su exigencia dogmática de tipicidad) permite juzgar y las que el principio de culpabilidad posibilita reprochar.

No salva la referida objeción constitucional el argumento señalado por el Tribunal Supremo español, ratificado luego por el Tribunal Constitucional de aquel país europeo, según el cual la reincidencia violenta

el principio de culpabilidad por el hecho sólo en la medida en que provoque la fijación de una pena mayor a la que correspondería atendiendo al grado de culpabilidad por el hecho. Se ha dicho, en tal sentido, que “es preciso que cuando el tribunal de los hechos compruebe la posible aplicación del art. 10.15° CP, establezca anticipadamente hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad, pues las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite” (sentencia del Tribunal Supremo español del 5 de julio de 1991). El argumento es contrario a nuestro derecho penal constitucional (e incluso también al español), constitucionales toda forma de culpabilidad de autor, entonces la tendencia del autor deducible de las condenas o penas anteriores no puede admitirse para agravar la pena tampoco en la franja que va desde el mínimo legal hasta el monto que se considera adecuado a la reprochabilidad por el hecho.

Jaén. Probablemente sin quererlo, termina admitiéndolo el propio Tribunal Supremo español, en la decisión citada, cuando afirma que “la reincidencia es la única circunstancia que tiene como fundamento las penas merecidas por otros hechos punibles anteriores y ya sancionados”. La última frase citada no sólo reconoce la violación al *ne bis in idem* que genera toda norma legal que pretende agravar la pena por reincidencia, sino también la transgresión al principio de culpabilidad por el hecho (que veda toda forma de valorar en contra del individuo la vida anterior que haya mantenido). La crítica a la indicada argumentación de los tribunales superiores de España, es extensible a los autores que comparten su criterio, como es el pues, si repugna caso de Manuel Jaén Vallejo. p. 80

La constitucional de culpabilidad por el hecho. Sobre este punto concuerda, entre otros autores, Eugenio Raúl Zaffaroni, para quien “un derecho que reconozca pero que también respete la autonomía moral de la persona, jamás puede penar el ‘ser’ de una persona, sino sólo su hacer, desde que el derecho es un orden regulador de la conducta humana”. A ello añade, junto con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, que “sólo un discurso alucinado y ajeno al saber penal puede ignorar la realidad reproductiva del poder punitivo y sostener una institución que conduce a que el estado se atribuya la función de juzgar lo que cada habitante elige ser y lo que cada persona es”. p. 1012

Asimismo, junto a Benjamín Sal Llargués, expresa que “desde los orígenes de las disposiciones inexorablemente unida al concepto de habitualidad, como reveladora del hábito de delinquir... esa sola circunstancia debería bastar para excluirla de la ley penal argentina, que (sobre la base dada

por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional) sienta toda su estructura en el derecho penal de acto. La pena sobrevendrá por el acto realizado y no por características personales de su autor” Zaffaroni - Sal Llargués, Código Penal y normas complementarias. p. 222

- Es también el caso de Edgardo Alberto Donna, quien afirma claramente que "todo el sistema de la reincidencia... es inconstitucional por atentar contra el principio de culpabilidad... Reincidencia y Culpabilidad". p. 77
- Del mismo modo, puede citarse la calificada opinión de Julio B. J. Maier, para quien la reincidencia violenta el principio de culpabilidad por el hecho, creando delitos especiales impropios en los que la razón de la agravante de pena la constituye una característica del autor consistente en haber cometido delitos anteriormente. Maier, Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple. p. 454
- Igualmente puede mencionarse la postura de Miguel A. Arnedo, quien sostiene que "aumentar la culpabilidad por la reincidencia, significa violar el principio de culpabilidad" p. 929
- En idéntico sentido se pronunció Carlos A. Elbert, para quien “parece imposible demostrar que la agravación de la pena por reincidencia, no es un castigo dirigido a una personalidad en lugar de una conducta concreta ... el agravamiento de las consecuencias jurídicas contra un reincidente no puede expresar sino un propósito segregacionista y/o expiatorio dirigido contra un 'incurable' ... la ley del rigor tras el fracaso del tratamiento resocializador, o el reproche al paciente por la ineficacia de la terapia a que se lo sometió ... se está atribuyendo ... una especie de enfermedad incurable al actor ... considerando al hombre como una naranja mecánica según la obra de Burgess ... La reincidencia choca frontalmente con la psicología, con los principios de una política criminal racional, y especialmente con el principio de culpabilidad. Estamos, en consecuencia, ante un caso concreto en el que se demuestra la colisión de reglas positivas de derecho penal con principios básicos de derecho penal, originados en la Ley Suprema. Tal conflicto no puede sino dirimirse en favor de la vigencia de esta última" (ver su voto en el fallo dictado en la causa Varela, Luis R., resuelta por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sala VI, del 27 de diciembre de 1985, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal -E.D., 118-147 o J.A., 1987, I, 194-).
- En sentido concordante se expidió, recientemente, Abel Fleming, quien, por razones análogas a las aquí expuestas, sostuvo incluso que “corresponde tener por derogada la previsión del art. 52 del Código Penal, por sanción posterior de la reforma de la Constitución Nacional, al

incorporar por el art. 75 inc. 22, con el rango allí indicado, la ... normativa de derecho internacional comprendida en la previsión constitucional” (conf. su voto en la causa Bonilla, M. A., expte. 17422/03, resuelta el 10 de julio del 2003 por la Cámara Primera en lo Criminal de Salta).

- Esteban Righi y Alberto A. Fernández también cuestionan la constitucionalidad de la reincidencia como agravante de pena desde la óptica del principio de culpabilidad por el hecho, pues, para ellos, “el endurecimiento penal para reincidentes sólo es factible mediante construcciones propias de un sistema de culpabilidad por ‘la conducción de la vida’ o ‘de carácter’, incompatibles con la idea del estado de derecho”. p. 507
- Para Gonzalo D. Fernández, de modo semejante, la agravación de pena por reincidencia “supone una flagrante violación a los Derechos Humanos” y, en tal sentido, “es una vía de escape al derecho penal de autor, que relega a segundo plano la relación estricta con el reproche por el hecho cometido”. p. 127
- También es éste el caso de Martín Clemente (Invalidez constitucional de la reincidencia. Una aproximación a la cuestión como consecuencia de los recientes fallos plenarios sobre la materia); de Mario Magariños (Reincidencia y Constitución Nacional); de Francisco Castex (La reincidencia en casación), de Norberto R. Aued y Mario A. Juliano (La probation y otros institutos del derecho penal, p. 115 y ss.). También se expide críticamente Juan Manuel Sansone (La extremaunción de la reincidencia). A ellos puede agregarse, entre otros, el viejo trabajo de Roberto Bergalli, La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella, en la que propone “la abolición lisa y llana de cualquier endurecimiento, prolongación o substitución de la consecuencia jurídica prevista sólo en forma retributiva para el autor reincidente” (p. 83). Luis de la Barreda Solórzano es, también, otro de los contundentes enemigos de la “reincidencia”

1.2.-Violación al principio de presunción de inocencia

A su vez, la “reincidencia” violenta el principio de inocencia, por el cual el Estado debe probar los presupuestos de punibilidad y no el acusado su inocencia. Ello se produce porque ni siquiera requiere como presupuesto (de su declaración judicial) la realización de un fundado pronóstico acerca de la vida futura del condenado, que indique el grado de probabilidad de reiteración de delitos penales, sino que (por el contrario)

el hecho de haber cumplido antes parte de una pena privativa de libertad por otro delito "verifica" ya su "peligrosidad", aunque no la tenga o demuestre no tenerla.

Se produce con ello, en nuestro derecho penal, una inadmisibles presunción iuris et de iure (que no admite prueba en contrario) de peligrosidad, violatoria (además del principio constitucional de culpabilidad por el hecho) del principio de inocencia. No obstante resultar ilegítimo cualquier intento de aumentar la pena por una mayor "peligrosidad" del autor, cabe señalar que la mera circunstancia haber necesariamente el mayor riesgo de volver a delinquir [el que, en todo caso, sólo podría deducirse como probable en virtud de los efectos nocivos que produce el cumplimiento efectivo de cualquier pena carcelaria (y no de una presumida "decisión delictiva" más firme del autor). En virtud de tan ilegítima presunción, un condenado a un año de prisión por haber cometido un hurto de una oveja (art. 163 inc. 1, Código Penal Argentino) que, a su vez, tuviera una condena anterior por daño de un vidrio (art. 183, Código Penal Argentino), no tendría la posibilidad de demostrar que es menos "peligroso" que un autor "primario" de tortura o de robo de un cumplido bebé. Para la ley penal argentina, el primero de estos casos daría lugar a la declaración de "reincidencia" y, por ello, su autor podría sufrir una pena mayor al mínimo legal y, además, ver impedida su libertad condicional una vez que cumpla la parte de la pena legalmente exigida para ello. Mientras tanto, el autor de los graves delitos del segundo caso brindado tendría todas las posibilidades de ser condenado al mínimo legal y, una vez cumplida parte de su pena, obtener la libertad condicional. Ella es una de las tantas consecuencias irrazonables del régimen legal argentino actual sobre el instituto de la "reincidencia".

Así como las normas supremas no admiten la presunción legal de dolo, o la de culpabilidad por el hecho, menos tolerable aún resulta la presunción legal de "peligrosidad" (que ni siquiera es un presupuesto legítimo de la pena estatal y, por ende, de un aumento de ella).

1.3.-Violación al principio non bis in ídem

El principio según el cual nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por un mismo hecho se ha reconocido sin dificultad alguna, primeramente como garantía no enumerada, pero que nace del principio de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno (art. 33 Constitución Nacional) y luego como garantía expresamente constitucional de las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos (producida por el actual art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

En particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula el aludido principio en sus dos componentes: nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho (aspecto procesal) y nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho (aspecto material). Su texto literal dice: "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme..." (art. 14, ap. 7).

Si hoy pudiera un condenado ser tratado más severamente al ser juzgado por otro hecho, en consideración al hecho antes juzgado y sancionado, se lo estaría volviendo a sancionar por el hecho anterior, pues otro entendimiento del principio restringiría su acepción sólo al aspecto procesal, con lo cual se desconocería su segundo componente, que prohíbe sancionar a la misma persona (en otro juicio) por un hecho anterior ya juzgado. Si "sancionado" quisiera decir lo mismo que "juzgado", no tendría sentido el doble componente atribuido por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, por el cual nadie, por el mismo hecho, puede ser vuelto a juzgar y, además, como un aspecto diferente, nadie puede (en un nuevo juicio por un hecho distinto) ser sancionado más severamente por el hecho anterior, sino que su sanción debe limitarse al hecho que es materia de nuevo juzgamiento.

Si al sujeto que se declara "reincidente" se le impone una pena mayor a la que corresponde legalmente por el nuevo delito cometido [o se lo perjudica de cualquier manera al ser juzgado por ese nuevo ilícito (por ejemplo impidiéndosele el ejercicio del derecho a la libertad condicional)], considerándose como fundamento la circunstancia de haber cometido delitos antes de ese juicio previo, se están haciendo renacer los delitos ya juzgados, valorándoselos para incrementar la pena impuesta por otros hechos independientes cometidos en una época posterior.

Se está volviendo a "sancionar" al individuo por aquellos ilícitos anteriores. Hay una múltiple valoración de la comisión de delitos anteriores, violatoria del componente material del principio aquí enunciado.

Si se advierte que en Argentina la situación punitiva se agrava por reincidencia de tres modos distintos (como se trató en el apartado II), la consideración como agravante dentro de la escala penal (art. 41, Código Penal) sería una segunda valoración de los delitos antes juzgados (pues la primera se llevó a cabo al momento de haber sido condenado por ellos), mientras la prohibición de la libertad condicional (art. 14, Código Penal) sería una tercera valoración, constituyendo, por último, la posibilidad de aplicar la monstruosa pena accesoria por tiempo indeterminado (art. 52, Código Penal) una manera de valorar por cuarta vez la misma

circunstancia. Las consecuencias de un delito ya juzgado no pueden resucitar en la vida de una persona, pues ello constituiría un impedimento para el logro del fin de "reintegración social" de la respuesta punitiva, significando un modo de hacer presente el estigma de la condena anterior, configurativo de un trato cruel, inhumano y degradante, contrario al principio de humanidad de las penas (arts. 1, 18 y 75 inc. 22, Constitucional Nacional).

Donna. Este principio "prohíbe, pues, no solamente reiniciar el proceso, sino que, por esos hechos, realizados por una misma persona, no se pueden imputar consecuencias posteriores, que violarían el principio". Para Donna, entonces, la reincidencia "es inconstitucional ... por atacar el principio de non bis in idem". p. 77 y 32.

La irrefutable, ha hecho reflexionar sobre el tema y cambiar de opinión a penalistas de reconocido prestigio internacional, como es el caso de Eugenio Raúl Zaffaroni, quien manifiesta que "toda pretensión de agravar la pena de un delito posterior en razón de un delito anterior ya juzgado importa una violación del principio de que no se puede juzgar a nadie dos veces por el mismo hecho (non bis in idem)". Para este autor también, entonces, "la agravación por reincidencia es inconstitucional, porque hasta este momento no hay teoría capaz de fundarla en forma convincente sin afectar la intangibilidad de la cosa juzgada. En consecuencia ... toda agravación de pena en razón de la misma prevista en la ley positiva es contraria a la Constitución Nacional" Ello lo reafirma, en su obra conjunta con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, al sostener que, de las explicaciones que se ha ensayado para legitimar la agravación punitiva por reincidencia, "ninguna logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, violación al referido por lo que importaría una violación al non bis in idem o, si se prefiere, a la prohibición de doble punición. Luego, la idea tradicional de la reincidencia como invariable e ineludible causa de habilitación de mayor poder punitivo es inconstitucional". p. 1009

También se suma a esta objeción constitucional a la reincidencia Miguel A. Arnedo, quien no presta su adhesión al mantenimiento de la reincidencia en el Código Penal, por entender "que básicamente se viola con ello el principio non bis in idem ...". p. 929

En el mismo sentido tuve la oportunidad de pronunciarme en mi comentario bibliográfico al libro de Creus y Olazábal (Modificación al Código Penal. Ley 23057), efectuado en la revista Doctrina Penal, en el año 1985

(conf. nota 1 de la página 165); luego en mi libro Suspensión del proceso penal a prueba (1996, Constitucional de Derecho y Derecho Penal, que integra el libro Teorías Actuales en el Derecho Penal, ps. 104 a 106 [este último artículo es el contenido de la conferencia que tuve la oportunidad de pronunciar en el Congreso Internacional de Derecho Penal (75° Aniversario del Código Penal Argentino), desarrollado del 11 al 14 de agosto de 1997 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires].

Patricia S. Ziffer, después de aclarar que la reincidencia puede constituir en el caso concreto una circunstancia atenuante de la pena, expresa que, en la hipótesis en la que el nuevo hecho se corresponda con una mayor culpabilidad “ello no podrá ser computado para aumentar la duración de la pena, porque la mayor culpabilidad del reincidente ya fue computada por el legislador al impedirle obtener la libertad condicional. De lo contrario, se estaría violando la prohibición de doble valoración”. En verdad, si bien es correcta la transgresión apuntada al principio que prohíbe valorar más de una vez las circunstancias tomadas en cuenta para determinar la pena, no me parece posible fundar la hipótesis del mayor grado de culpabilidad (en sentido normativo) del “reincidente”, pues la condena o la pena anterior influye negativamente en la vida posterior del condenado, o, por lo menos, no acuerda mayor libertad de no delinquir en el futuro. Al mismo tiempo, la prohibición de la múltiple (y no sólo doble) valoración de las circunstancias a considerar para fijar la pena en el caso concreto abarca, siempre, la orden de no fundar la medida de la pena actual en circunstancias ya consideradas en cualquier juicio anterior [y es obvio que cualquier aumento de pena por “reincidencia” se apoya en la circunstancia de haber cometido antes algún delito, que es, precisamente, lo que ya motivó el dictado de una sentencia judicial (la anterior) y lo que no puede volver a ser considerado en un juicio posterior por otro hecho distinto]. Es decir, la agravación punitiva por “reincidencia” (declarada al ser condenada la misma persona por un hecho cometido luego de una condena previa) es siempre producto de una nueva valoración del hecho anterior [sea segunda (art. 41, Código Penal), tercera (art. 14, Código Penal) o cuarta (art. 52, Código Penal)]. Por ello, dicha ponderación, por ser nueva (e independiente de la anterior), violenta siempre la prohibición de múltiple valoración. p. 117

Sólo debo agregar que reafirman esta postura la necesidad de lograr el imperio de la Ley Fundamental por sobre las de menor jerarquía, como una característica propia de todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Al mismo tiempo, la ilegitimidad del trato penal más riguroso para el “reincidente” ha sido proclamada por una larga lista de autores que, en siglos anteriores, han venido bregando por la abolición de toda forma de agravación de pena por “reincidencia”, incluso por argumentos análogos a los aquí desarrollados [tal los casos de Carmignani, Gesterding, Carnot, Alauzet, Mittermaier, Tissot, entre muchos otros (sobre la tesis abolicionista de la reincidencia, puede consultarse la obra de Angel R. Latagliata. p. 536.

Es muy elocuente que el instituto aquí cuestionado haya recibido también serios cuestionamientos en el ámbito del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, sosteniéndose que, “para los Derechos Humanos, la igualdad ante la ley, el fin de readaptación de la pena privativa de libertad y la racionalidad de las penas, entre otros, son principios que resultan afectados o reñidos con estas regulaciones, en mayor o menor medida ... La agravación de la pena del segundo delito es difícilmente explicable en términos racionales, y la estigmatización que sufre la persona perjudica su incorporación a la vida libre”. p. 89

Igualmente (y recogiendo estos serios e incontrovertibles fundamentos), la reincidencia tiende a irse eliminando de cualquier Estado democrático de derecho, no sólo por vía de interpretación constitucional, sino por medio de reformas legislativas en tal sentido (como sucedió, por ejemplo, en Alemania, y, en nuestro continente, en Colombia y luego en Perú).

Con un criterio como el aquí sustentado, no se producirá ningún desmoronamiento de nuestro sistema penal (así como no se produjo la ruptura de los citados sistemas penales alemán, colombiano o peruano). Muy por el contrario, se fortificará, pues se tendrá mayor grado de confianza en la pena legalmente prevista para cada delito, sin necesidad de tomar en cuenta otras ya cumplidas para aumentarla (sobre la base de la pretendida “ineficacia” de la primera).

2.-LA REINCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO Y LOS FINES DE LA PENA

Se debe limitar la duración de las penas privativas de libertad a una frontera no superior a quince años o a unos mínimos imprescindibles cuyo límite garantice el cumplimiento de la prevención general y cuyo límite máxima, no provoque la irrecuperabilidad social del autor, pero no significa que el margen penal en su límite máximo no pueda superar dicho límite en los delitos más graves. Por lo tanto, las penas no deben ser desproporcionadas, además que el agravar la pena por reincidencia acabara en un masivo incremento en la población penitenciaria, es por ello que el sistema penitenciario está afectado por una perenne sobrepoblación que perjudica el respeto del principio de humanidad de la pena y de la dignidad de la persona.

Se debe tratar de dar un tratamiento penitenciario frecuente, continuo y progresivo a los internos con la finalidad de reeducar, rehabilitar y reincorporar al recluso a la sociedad, y este tratamiento penitenciario debe ser tanto individualizado y grupal, utilizando tanto métodos médicos, biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos, sociales, laborales para permitir obtener el objetivo del tratamiento de acuerdo a las características propias del interno, para lo cual el Estado debe contratar más profesionales especializados en tratamiento penitenciario que se dediquen completamente y más tiempo para cada interno del penal y así resocializarlo.

2.1.-Antecedentes Legales y Doctrinarios

Las figuras de la reincidencia y la habitualidad, no estaban contenidas en el articulado anterior del Código Penal, es más, habían sido derogadas, pero nuevamente incorporadas, ¿con el fin de incrementar las penalidades?

Mediante Ley N° 28726 de fecha 09 de Mayo del 2006, el Poder Legislativo reincorporó a nuestro Código Penal de 1991 las figuras referidas a reincidencia y habitualidad, modificando todo lo relacionado al concurso ideal de delitos. En efecto, el legislador nacional ha incorporado los incisos 2 y 3 al artículo 46° e incorporado los artículos 46° B y 46° C, respectivamente.

2.2.-Antecedentes Normativos Comparativos en Latinoamérica

Siempre es habitual que las figuras que aparecen consagradas en un cuerpo normativo y que ven la luz por primera vez, tienen un antecedente extranjero. Así, las figuras de la reincidencia y habitualidad no son la excepción a esta regla general.

Estas figuras mayormente han sido desarrolladas en países latinos como México y Argentina, donde las mismas tienen una vigencia considerable en sus códigos penales, tal es el caso de México, donde estas figuras se encuentran contempladas en el artículo 20 y 21 del Código Penal Federal mexicano.

Artículo 20°: Hay reincidencia; siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

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

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

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

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

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

3.-DOCTRINA DOGMÁTICA, APORTES Y CRÍTICA PERSONAL

Diferentes opiniones que se han vertido recientemente sobre el mantenimiento o eliminación de la agravante de reincidencia como son:

- **MARTÍNEZ DE ZAMORA** nos ofrece en su monografía una relación extensa de los autores que han mantenido posturas abolicionistas y neoabolicionistas. Pero dado el año de publicación de la obra entendemos que el número de estos autores ha aumentado. Y actualmente en nuestro país son menos los que sostienen que la reincidencia debe seguir contemplándose como agravante. p. 32

- **LA DOCTRINA ESPAÑOLA ACTUAL** se muestra en buena parte e incluso mayoritariamente a favor de la desaparición de la reincidencia como agravante. p. 12
- **RODRÍGUEZ MOURULLO**, citado por la inmensa mayoría de los autores que han tratado el tema de la reincidencia, fue, en España, de los primeros en manifestarse en contra del mantenimiento de la reincidencia como agravante. Considera este autor que *"de legeferenda, parece aconsejable la supresión de la reincidencia y reiteración como circunstancias agravantes de la pena, y la previsión de un adecuado tratamiento preventivo -medida de corrección y seguridad- ajustado no a las actuales nociones formalistas, sino a realidades criminológicas"*. p. 744
- **QUINTERO OLIVARES** se muestra abiertamente a favor de la eliminación de la reincidencia como circunstancia agravante, si bien reconoce que atendiendo a razones político-criminales, *"ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aún a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducirla criminalidad"*. En 1983 reconocía que el tratamiento más adecuado para la reincidencia sería *"una medida de seguridad posterior a la pena, aunque este objetivo sería únicamente alcanzable en el contexto de un nuevo Código Penal"*. p. 733
- **MIR PUIG**, por su parte, se ha mostrado desde siempre en contra del mantenimiento de la reincidencia. En su extensa monografía sobre la reincidencia dice que *"Las consideraciones que anteceden hacen deseable la supresión de las circunstancias de agravación de la pena en que la reincidencia se manifiesta en nuestro derecho penal, y muy especialmente de los preceptos que atribuyen eficacia extraordinaria a la multirreincidencia"*. De manera tajante se muestra unos años después: *"la reincidencia debe suprimirse en sus dos modalidades. Ni la mayor perversidad del delincuente ni su más elevada peligrosidad pueden justificar el recurso a la pena"*.
- **COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN**, después de señalar en su manual que la reincidencia se debe enmarcar en otro Derecho Penal, esto es en un Derecho Penal preventivo y de medidas de seguridad, añaden que siguen *"propugnando la desaparición del mismo instituto de la reincidencia, en sus distintas manifestaciones, así como su consideración agravatoria de la pena, pues ésta ha evidenciado su total inoperatividad"*. p. 875
- **MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN** también se encuentran entre los autores que se muestran en contra de la reincidencia: *"Lo cierto es que resulta difícil encontrar razones en las que fundamentar una mayor culpabilidad por el hecho que se enjuicia y sobre el que recae la agravante. Su fundamento se encuentra más propiamente bien en lo recalcitrante de la actitud del sujeto que*

insiste en la desobediencia de las normas penales, bien en su mayor peligrosidad; sin embargo, ni la peligrosidad puede presumirse iuris et de iure como hace el Código en esta materia ni es un concepto en el que pueda asentarse una mayor gravedad de la pena, que debe ir referida a la culpabilidad". p. 542

- **GARCÍA ARAN**, por su parte ya se había manifestado a favor de la supresión de la reincidencia: *"no nos queda sino sumarnos al parecer de quienes, por rechazar su carácter moralizante, abogan por su supresión". p. 164*
- **BUSTOS RAMÍREZ** tampoco está a favor del mantenimiento de la reincidencia por considerarla carente de fundamento y *"claramente inconstitucional". p. 376*
- **GONZÁLEZ-CUELLAR** también forma parte de este sector doctrinal. Sostiene que *"tanto de la visión del fundamento desde el punto de vista de la doctrina, como desde el campo de la jurisprudencia permite afirmar la falta de sentido de estas figuras".* Dos años después es más explícito, al comentar la supresión de la reincidencia en la PANCP: *"la PANCP soluciona la cuestión de forma adecuada. Por un lado suprime la reincidencia... por otro...establece la medida de seguridad de internamiento en un centro de terapia social para los delincuentes habituales". p. 25*
- **PRATS CANUT** después de poner en duda la fundamentación a la que acuden determinados autores señala en una interpretación exclusivamente preventivo-especial que *"lo único que expresa con certeza la recaída en el delito es el fracaso del Derecho Penal, o al menos el fracaso de la consecuencia jurídica aplicada al sujeto, de suerte que no parece razonable "aumentar la dosis" de aquello que ya ha fracasado". p. 256*
- **SERRANO MAÍLLO**, si bien reconoce que la supresión de la reincidencia genérica en el nuevo Código Penal llevará a aplicar la reincidencia en menor número de casos, *"sigue manteniendo que debe ser suprimida por las razones antes expuestas"* que no son otras que la falta de fundamento o justificación. p. 80
- **ASÚA BATARRITA** se muestra más prudente a la hora de pronunciarse sobre la supresión de la reincidencia, decantándose tímidamente hacia esta solución: *"El mantenimiento de la agravación por reincidencia únicamente sería aceptable en el supuesto de que se concediese al juzgador la posibilidad de apreciarla o no en consideración de las circunstancias todas que concurran en el delito y en el sujeto". p. 547*

Hasta aquí los autores que se han manifestado en contra de la agravante de reincidencia. De entre los autores actuales los que se han mostrado a favor son CEREZO MIR, SERRANO GÓMEZ, JAEN VALLEJO, MANZANARES SAMANIEGO, MARTÍNEZ DE ZAMORA y ROMEO CASABONA.

- **Para CEREZO MIR** la existencia de la reincidencia está plenamente justificada. En su crítica del Borrador de anteproyecto de Código Penal, Parte General de 1992 ante el hecho de que se suprimiera la agravante de reincidencia manifestó su desacuerdo. Lanzaba una consideración de legeferenda que es finalmente por la que ha optado el Código Penal de 1995: *"Podría modificarse, por ello, la regulación de la agravante de reincidencia, en lugar de suprimirla, reduciéndola a la reincidencia específica y propia"*. Como pondremos de manifiesto en el apartado segundo se alinea con aquellos autores que encuentran el fundamento de esta institución en una mayor gravedad de la culpabilidad. Sin embargo, recientemente ha manifestado que "la reincidencia debe ser una circunstancia agravante de carácter meramente facultativo" y ello porque supone generalmente una mayor gravedad de la culpabilidad. Vemos, por lo tanto, que se ha suavizado la postura de este autor, acorde con el movimiento general de limitación de la reincidencia. p. 250
- **SERRANO GÓMEZ** sostiene que se ha de mantenerla reincidencia y ésta se debe basar en la mayor culpabilidad del sujeto. p. 75
- **JAEN VALLEJO** por su parte aunque no se pronuncia expresamente a favor o en contra del mantenimiento de la reincidencia como agravante lo incluyo dentro de los autores que están a favor puesto que él si considera que la reincidencia tenga un fundamento, si bien en contra de lo manifestado por los anteriores no lo basa en la culpabilidad entendiéndola, con la sentencia del TS de 6 de abril de 1990, como gravedad de la culpabilidad por el hecho- sino en motivos de prevención especial, puesto que considera que mientras que el principio de culpabilidad se refiere al hecho concreto realizado por el autor, el concepto de reincidencia *"se basa en la tendencia del autor al delito, es decir, en una circunstancia ajena a la culpabilidad por el hecho, y como es claro, la gravedad de esta culpabilidad no tiene por qué coincidir con las necesidades de prevención especial de la pena"*. p. 719
- **A ROMEO CASABONA** le pareció acertada la recuperación de la reincidencia en el Anteproyecto de 1992, que había sido suprimida en el Borrador de 1990, si bien criticaba su inclusión dentro de las normas generales de aplicación de las penas, cuando lo lógico sería incluirla en el artículo que regula las demás circunstancias agravantes. p. 19

- **MANZANARES SAMANIEGO** también se expresó a favor del mantenimiento de la reincidencia como agravante. En su crítica al Anteproyecto de Código Penal de 1992, y, ante el hecho de que este texto volviera a recoger la reincidencia, aunque ubicada en los criterios de determinación de la pena, consideraba -con ROMEO- que su postura es acertada en lo fundamental, aunque la crítica porque considera que debía incorporarse al catálogo general de circunstancias agravantes del art. 21. p. 87
- **MARTÍNEZ DE ZAMORA** no se manifiesta expresamente a favor de la reincidencia, pero de su trabajo se deduce que sí está a favor, pues critica las teorías abolicionistas y encuentra fundamento para esta institución -como se pone de manifiesto en el apartado dedicado al fundamento de la reincidencia en la doctrina española actual.

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

En mi opinión el aumentar la pena por reincidencia produce en el interno carcelario que el equilibrio psicológico y afectivo - emocional se rompa, por lo tanto las penas privativas de libertad de larga duración terminan causando perturbaciones mentales o alteraciones en la personalidad más o menos profundas, en el cual pierden toda esperanza en la vida, por cuanto se le trunca cualquier posibilidad de desarrollo futuro, por lo tanto el agravar la pena por reincidencia no logra la resocialización del condenado y de esta manera la posibilidad de la reintegración del delincuente en la sociedad, pero también cabe invocar que debemos tratar de prevenir que se cometan nuevos delitos por los reincidentes para así proteger a la sociedad.

SUB CAPITULO IV: EL PROBLEMA PENITENCIARIO

1.-ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIOS

En la actualidad existen 84 establecimientos penitenciarios que se encuentran en operación distribuidos en 8 direcciones regionales.

Adicionalmente, existen otros penales que por diversas causas se encuentran encerrados, entre ellos el Sepa, Canta, etc.

De los 84 Establecimientos Penitenciarios con que cuenta el Institución Nacional Penitenciario y de las evaluaciones efectuadas por Infraestructura Penitenciaria, se ha podido comprobar que aun en los penales recién construidos es necesario realizar algún tipo de inversión, ya sea para mejorar, crear, ampliar, acondicionar o rehabilitar dicha infraestructura. Se requiere una mayor inversión en los establecimientos más antiguos para poder realizar una tarea adecuada a los fines del sistema penitenciario, pues se ha ingresado en un círculo vicioso donde el exceso poblacional destruye rápidamente las instalaciones y, a la vez, la falta de instalaciones produce un mayor hacinamiento, aunque este no sea el único factor gravitante como se ha expresado correctamente.

En el Plan Nacional sobre Tratamiento Penitenciario, realizado por el INPE, se analiza porque tenemos deficiencia en la infraestructura y cuáles son los factores que la afectan, así podemos encontrar los siguientes factores:

- Antigüedad de los Establecimientos Penales.
- Falta de concordancia entre la Política Criminal y las Normas Técnicas.
- El Hacinamiento.
- Exiguo Presupuesto.

1.1.-Antigüedad de los Establecimientos Penitenciarios

La realidad nos indica que la infraestructura penitenciaria en la actualidad es obsoleta, porque de los 84 establecimientos penitenciarios que vienen operando, 30 de ellos tienen una antigüedad mayor a 40 años, lo que representa el 37% de los penales a nivel nacional y 13 penales tienen una antigüedad entre 20 y 40 años. Los 43 penales que tienen una antigüedad en su infraestructura mayor a 20 años albergan una población de 11,860 internos. Esto nos presenta un panorama bastante sombrío, pues mucha de esta infraestructura se está cayendo a pedazos, sobre todo aquellos centros penitenciarios se encuentran en provincias, por el material con que se ha construido, pues son de barro y adobe y otros por el mismo transcurso del tiempo y por la falta de un adecuado mantenimiento.

Conforme ha reconocido el INPE, la situación de la infraestructura es caótica y en términos generales, del total de los Establecimientos Penales el 49% presenta regular estado de conservación y funcionamiento, los penales que presentan mal estado son aproximadamente el 30%, son los más pequeños y pertenecen a las Direcciones Regionales del Sur Oriente (Cusco), Altiplano (Puno), Centro (Huancayo), Oriente (Pucallpa), Nor Oriente (San Martín) y Norte (Chiclayo). La característica principal de estos establecimientos penales es que son construcciones antiguas, con paredes de adobe y techos de calamina, las ventanas son metálicas y las puertas de madera, presentando en la mayoría de los casos instalaciones deterioradas, en las que solo pueden desarrollarse acciones custodiales mas no de tratamiento, debido fundamentalmente a espacios reducidos que imposibilitan muchas veces la implementación de talleres o áreas destinadas a la educación y recreación, que son importantes para una estancia mínimamente adecuada del interno.

Cabe relieves que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, tratan con mayor importancia los siguientes principios fundamentales:

- Los recintos penales deben ser comunidades bien organizadas, es decir, tienen que ser lugares donde exista peligro para la vida, la salud y la integridad personal.
- Los recintos penales deben ser lugares donde no se muestre discriminación en el trato de reclusos.
- Cuando se sentencia a prisión, esta pena es en si extremadamente aflictiva. Las condiciones del recinto penal deben tratar de no aumentar esta actividad.
- Las reglas y el régimen penitenciario deberían facilitar la adaptación e integración a la vida normal de la comunidad.

Es por ello que tienen conocimiento mundial y son llevadas a la categoría de derechos humanos, por lo que deben estar presentes dondequiera que alguien este encarcelado, detenido tanto en celdas policiales, hospitales psiquiátricos, etc. Y debe ser así, porque es el Estado quien priva de su derecho a la libertad a una persona, y por tanto asume el deber de cuidarla, darle seguridad y proteger su bienestar, ya que estando en un centro penitenciario solo se pierde el derecho a la libertad, lo cual ya es el castigo, pero no se esta allí para recibir otros castigos. Es por eso que se busca que se respeten los derechos que tienen los internos, y no se les vulnere, ya que el único derecho que han perdido en líneas generales es el derecho a la libertad. Nuestra Constitución Política, en sus artículos 1, 2 y 3, consagra estos derechos fundamentales como derechos de la persona.

Del mismo modo, Bueno (1979) señala que hablar de los derechos del recluso no significa, hoy en día, referirse a una nueva línea, como si pudo haber sido tres décadas atrás, como cuando algunos penitenciaristas como Drupeel se referían al tema como una noción nueva, sino más bien, es un derecho que tiene vigencia y quizá muchos defensores, así como una aceptación que sin mayores restricciones se consigna en los textos de las leyes penitenciarias o en Códigos de Ejecución Penal, aunque en los hechos estos “derechos” se hallen muy distantes de ser en realidad efectiva. p. 224

Vemos que la realidad penitenciaria en nuestro país es muy desoladora, ya que no se cumple con las disposiciones establecidas tanto por la Organización de las Naciones Unidas – ONU, como por nuestra Constitución Política y el Código de Ejecución Penal. Las cárceles peruanas tienen una población mayor a la destinada, los internos superan los 33,000 y su capacidad es de 19,000 plazas, por lo que es evidente que el primer problema que aparece es el de masificación; de hecho que Lima es uno de los momentos que presenta este problema. Esto, resulta difícilmente compatible con el contenido de nuestro texto constitucional, que en el artículo 139 inciso 21, consagra “el derecho de reclusos y sentenciados de ocupar establecimiento adecuados”. Igualmente, también resultan deficientes e insuficientes la alimentación, higiene y asistencia sanitaria.

Pero, entrando en el campo del hombre delincuente, la mayoría de tratadistas y estudiosos de la ciencia penitenciaria conceptúan como una consecuencia del delito, la desadaptación social del individuo, separado este momentáneamente de la sociedad por mandato judicial, corresponde a la administración penitenciaria aplicarle una terapia educativa científica, que tienda a hacerle rectificar su conducta, es decir, que lo conduzca de su situación antisocial a otra de sociedad positiva. Esta enorme responsabilidad de enmienda y corrección del hombre en prisión, si bien la ley así lo establece, no solo compete al órgano encargado de la administración penitenciaria, sino que la tarea implica y corresponde también a la sociedad en su conjunto, considerando que el hombre recluso no es ajeno al grupo social sino que, cumplida la sanción penal impuesta, regresará a el mal o bien rehabilitado; de allí que la sociedad en conjunto debe preocuparse por la situación carcelaria, porque de ello dependerá la reincorporación de un hombre en condiciones positivas y con aptitudes de trabajo y cooperación con la paz social, que es importante para el logro del bienestar común que como aspiración el conglomerado social mantiene.

Considerando que la pena cumple una función social de enmienda y readaptación en el penado, resulta indispensable la puesta en marcha de las diversas técnicas rehabilitadoras que la ciencia penitenciaria

aconseja y la utilización de métodos educativos, labor de terapia y disciplina que se convierten en mecanismos fundamentales de la readaptación social, que permitirían a la sociedad, como se ha indicado precedentemente, recibir un hombre en mejores condiciones de las que provocaron su reclusión, adaptándolo a las normas de convivencia en libertad.

No se puede hablar de readaptación social o reincidencia si es que la sociedad productora y receptora del interno, paralelamente a la labor que desarrolla la administración penitenciaria, no asume el rol que le corresponde, facilitando la reintegración del interno, puesto que la sociedad, al no suprimir el estigma con el que ha anatomizado al egresado de prisión, al mantener intacto el recelo que produjo su reclusión, le cierra todas las puertas que le permitirían la normalización de su existencia y una reinserción adecuada; por ello, debe indicarse que la reincidencia no se puede medir solamente por la nueva comisión de un hecho delictivo, sino en base a las oportunidades que se le brindaron al ex penado y que fueron aprovechadas por este; de allí la importancia de la labor que puede cumplir la sociedad, fundamentalmente en la etapa post-penitenciaria que constituye el eslabon final de la cadena que empieza en el Centro Penitenciario, al que deben sumarse todas las instituciones que de una u otra forma tengan que ver con el problema carcelario, en definitiva, es un trabajo conjunto en procura de evitar la reincidencia.

Muñoz (1998) como dice La coexistencia, para que sea menos conflictiva, requiere que los individuos renuncien a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad, con los demás, le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia. En este mismo marco, considera que el problema del delito y el delincuente no termina allí, sino que entra en una fase que tiene repercusión en la misma Genesis del delito y en la resocialización del condenado. p.

74

2.-LA PRISIONIZACION

El fenómeno de la prisionizacion o prisionalizacion fue estudiado inicialmente por el sociólogo Donald Clemmer y presentado en su libro *The Prison Community*, en el año de 1940, como adaptación a una cultura particular de la cárcel. Posteriormente, resultan importantes los estudios de G. Sykes (*The Society of Captives*, 1958); de D. Cressey (*The prison: studies in institutional organisation and change*, 1961); de D. Glaser (*The effectiveness of a prison and parole system*, 1963), entre otros. p.

217

Solis (1986) Los sociólogos y antropólogos culturales entienden la cultura como un conjunto de valores, ideas, costumbres y otros sistemas de expresión simbólica, así como los artefactos productos del quehacer humano. Frente a esto, la subcultura es una expresión particular, propia de un grupo determinado, que puede o no ser opuesta o encontrada con la cultura global. p. 214

En la cárcel cada grupo posee una subcultura propia así, por ejemplo tenemos el grupo de los secuestradores, de los delincuentes por delitos contra el patrimonio, tráfico de drogas, terrorismo, etc. Cada uno adaptado al sub mundo carcelario y a la vez este constituye un grupo especial. La prisión tradicional da lugar a un sistema social, caracterizado por la vigencia de un conjunto de normas y valores que se denominan “subcultura carcelaria”. Conocido este como “código del preso”, una de cuyas reglas es la prohibición de cooperar con las autoridades del establecimiento, exigiendo la lealtad entre los internos, no denunciar ni perjudicar o dañar al compañero.

Secord (1976) Como efecto del ambiente en la cárcel surge la prisionización, que es entendida como proceso de introyección o aceptación, con diverso grado de intensidad, de esta subcultura carcelaria, es decir, es la adopción por los internos de las costumbres, valores, tradición y reglas de la comunidad de los reclusos. Dicho proceso se inicia con la pérdida repentina del estatus anterior al ingreso en el establecimiento penitenciario, donde se empieza a adquirir las costumbres, valores, normas del penal, sobre todo la subcultura no oficial, hasta alcanzar el punto decisivo de la prisionización. p. 10

Sin embargo, debemos señalar que no todos los internos aceptan la subcultura carcelaria, pero esto origina que los no conformes sea desaprobados, despreciados, insultados, según el caso, dando lugar a que algunos acaten tales normas sin ningún sentimiento real de solidaridad o de aceptación.

Scheerer (1985) La prisionización entendida como el fenómeno por el cual el interno sufre un proceso de adaptación al submundo carcelario, se agrava en relación directamente proporcional al tiempo de la duración del encierro.

Se considera que una cancelación larga ocasiona mayor grado de “prisionización”; además, debemos tomar en cuenta las diferencias individuales de personalidad y la experiencia social afín o no a esta subcultura.

La prisión no es solo la privación de la libertad, sino un cambio radical en la vida del interno, se le priva del hogar; trabajo; amigos; identidad, de las relaciones sexuales, autonomía, seguridad, aire, del sol, etc. La pena de prisión se diferencia de las penas corporales antiguas solo en que el sufrimiento irrogado no se concentra en el tiempo, sino que es dilatado en un espacio extenso.

Se dice que los efectos de una profunda prisionización hacen que un ex recluso sea a veces incapaz de vivir en sociedad libre, y que más bien se profundicen las tendencias antisociales y criminales, sobre todo en centros carcelarios promiscuos. Este es uno de los riesgos negativos a los que se ve sometido el interno en una prisión cerrada tradicional, por lo que señala que debería quedar limitado para los casos de sentenciados que constituyen un real peligro para la sociedad.

La prisión también estigmatiza, así como en la antigüedad los criminales eran marcados con hierro candente para que sintieran vergüenza frente a sus semejantes, el haber estado procesado penalmente o, más aun, encarcelado, deja una huella para llevar durante toda la vida. El procesado o condenado sigue estigmatizado frente a la sociedad y a sí mismo. Sigue siendo socialmente “procesado”, rechazado, excluido y estigmatizado, se autopercibe como un “desviado”, de tal forma que es impulsado a vivir y a comportarse conforme a dicha imagen (adquiriendo, continuando o reforzando una perniciosa subcultura criminal).

La ejecución de la pena por medio de la coacción, sufrimiento, dolor moral y físico en el condenado (y su familia) es estéril, no lo transforma, sino que lo destruye, lo aniquila, le produce efectos irreparables. Se puede hablar de dolor inútil, desperdiciado, que no resulta congruente con el grado de civilización del que se jacta haber llegado el hombre; en los libros de texto y en las comunicaciones usuales y oficiales se afirma que el control del crimen se ha convertido en una operación limpia e higiénica, que el dolor y el sufrimiento han desaparecido, pero, como es natural, no han desaparecido de la realidad ni de la experiencia de los penados.

Independientemente a la propia conducta y decisión del interno de acceder al tratamiento, es importante que, paralelamente, se cuente con la infraestructura, el personal, los medios de todo orden y la participación de la sociedad para lograr la finalidad básica asignada a la prisión. Sin embargo, en cuanto concierne a la readaptación, el elemento personal es de vital importancia, pues como sostiene Concepción Arenal, con mucha veracidad, en su obra Visitador de Prisiones “De nada vale un penal con los sistemas de seguridad

más avanzados o sofisticados, si falla el elemento humano". El personal asignado a las prisiones si no es todo, es casi todo en el campo penitenciario.

La preparación y capacitación del personal penitenciario, deben ser permanentes en todos los niveles, evitando que el trabajo en las prisiones no solo sea un medio, sino un fin; por esta consideración, el personal penitenciario, a diferencia de cualquier otro, debe merecer una selección adecuada, una remuneración y una capacitación convenientes, porque sin él no podría jamás iniciarse o por lo menos encaminarse un buen trabajo en el campo penitenciario, tendiente a la finalidad asignada a la pena y al tratamiento propiamente dicho, esto es, rehabilitar al penado y lograr su reincorporación a la sociedad en mejores condiciones.

La situación penitenciaria peruana es caótica y explosiva debido, fundamentalmente, a la sobrepoblación carcelaria, que ha rebasado ampliamente la capacidad de la infraestructura existente; dentro de este marco, se debe precisar que, al año de 1997, la población penal se elevó considerablemente, llegando a un total nacional de 24,408 internos, y en agosto del año 2003 el sistema registro una población de 29,020 internos. Según el boletín estadístico del INPE, la población penal es de 33,049 internos, de los cuales el 70.5% se encuentran en calidad de procesados y el 29.5% en calidad de sentenciado. Asimismo, de la totalidad el 92.95% son internos de sexo masculino y 7.06% son de sexo femenino.

Las mayores poblaciones se encuentran principalmente en la Región Lima, con 52.37%, y específicamente en el penal de Lurigancho, el cual alberga al 25.9% de la población a nivel nacional. Esto significa que más de la cuarta parte de la población penal en el Perú, se encuentra albergada en dicho penal. Sin embargo, a julio de 2005, según fuentes del INPE, la población en este penal alcanzo los 8,564 internos que lo convierte, posiblemente, en uno de los más poblados del mundo, donde campea la corrupción y la indisciplina, que son el germen de la degradación del interno además de foco infeccioso de acentuación de los fenómenos intracarcelarios, que lo convierten en un depósito de seres humanos faltos de asistencia de todo orden; por lo que es imperioso la determinación política que resuelva este problema lacerante que afecta a muchos internos que, por primera vez, ingresan a prisión. No es factible llevar a cabo ningún tratamiento penitenciario, que lo convierten en un depósito de seres humanos faltos de asistencia de todo orden; por lo que es imperioso la determinación política que resuelva este problema lacerante que afecta a muchos internos que, por primera vez, ingresan a prisión. No es factible a llevar a cabo ningún tratamiento penitenciario donde la disciplina constituye uno de los actos que, por el volumen, hace inviable la convivencia pacífica del interno;

donde ya no se encuentran los instrumentos tradicionales de tipo artesanal que utiliza el interno para efectos de ataque y defensa (cuchillos y verdugillos y lanzas), sino que, como han mostrado los diarios de Lima, las incursiones de internos hacia otros pabellones se realizan con arma de fuego, poniendo en riesgo la seguridad interna y externa del penal lo que es necesario tomar en cuenta para que las autoridades penitenciarias solucionen este problema álgido, de lo contrario, podemos estar lamentando pérdida de vidas humanas, y dentro de ellos encontrar, sin duda, personas inocentes que tenían la calidad de procesados.

A nivel nacional, el total de la población penal es de 33,049 internos, de los cuales 30,718 (92.9%) son hombres y 2,331 (7.1%) son mujeres. Según su situación jurídica, 23,291 (70.5%) internos son procesados y 9,758 (29.5%) internos son sentenciados; de los procesados 21,597 (65.3%) internos son hombres y 1,694 (5.2%) son mujeres y de los sentenciados 9,121 (27.5%) internos son hombres y 637 (1.9%) son mujeres.

La Población Penal a nivel nacional, según su situación jurídica es de 33,049 internos; el 70.5% (23,291 internos) tienen la calidad de procesados y el 29.5% (9,758 internos) tienen la calidad de sentenciados, esto requiere decir que menos de la tercera parte de la población penal a nivel nacional tiene sentencia condenatoria y de más de las dos terceras partes su expediente aún se encuentra en el Poder Judicial, pendiente de resolverse. La dilación procesal o el retardo de la justicia, es uno de los factores que da origen al problema de la sobrepoblación penal, por lo que se debe llamar la atención a las autoridades competentes, para que se tomen medidas para una pronta resolución que defina la situación jurídica de este número de procesados, teniendo en consideración que dentro de ellos se pueden encontrar personas inocentes para este propósito es necesario que al Poder Judicial se le asigne los recursos necesarios para implementar nuevos juzgados y salas penales que se avoquen a juzgar con prontitud y oportunidad, los casos reos en cárcel.

3.-EL HACINAMIENTO CARCELARIO

La sobrepoblación determina un estado de hacinamiento que se refleja en un círculo vicioso de mayor deterioro y destrucción de la infraestructura, actos de violencia (motines, reyertas), promiscuidad, inseguridad, enfermedades y disminución de la cobertura de los servicios. Es decir, que en las prisiones peruanas sobra gente y falta espacio, por diversos factores que posteriormente pasaremos a describir. Este término “hacinamiento”, refleja en realidad un contraste entre un denso número de personas con una unidad de superficie o área física.

Se trata de una sobrepoblación de internos en un Establecimiento Penal, lo cual genera condiciones desfavorables para su tratamiento, donde los servicios requeridos por los mismos se tornan deficientes, insuficientes y en algunos casos inexistentes.

En establecimiento hacinados, definitivamente no es posible realizar una adecuada clasificación que determine una separación homogénea de internos en categorías que permitan la puesta en funcionamiento de los diversos programas de tratamiento, que concite la participación del interno en áreas diversas conforme a sus aptitudes, con la finalidad de lograr su rehabilitación y posibilitar el retorno a la comunidad social de una persona en mejores condiciones, como elemento útil a la misma.

El hacinamiento, como se ha indicado, es el germen de una serie de problemas que se presentan al interior del establecimiento penitenciario que afectan la seguridad no solo del interno sino del propio recinto carcelario, cuando la población penal por falta de control convierte el penal en tierra de nadie donde campea el tráfico de drogas, tenencia de celulares, armas punzo cortantes y, últimamente, armas de fuego como los encontrados en Lurigancho, con los que inclusive se producen asaltos en pabellones que han generado el fallecimiento de internos por proyectil, lo que constituye también una amenaza al personal penitenciario y a la seguridad misma del establecimiento penal.

Lo que debe llamar la atención en situaciones de hacinamiento, es que por la poca o escasa seguridad interna se pueden gestar con mayor facilidad acciones de evasión con toma de rehenes, con consecuencias impredecibles que no solamente nos lleve a lamentar pérdidas de vidas humanas que pueden incluir al personal que labora en el penal sino también a la familia y visitas como abogados y personalidades que, por razones de su labor o función, estén en esos momentos en el establecimiento penitenciario.

Así, teniendo en cuenta el número total de internos que registra el sistema (33,049 a julio del año 2005), se advierte una tasa promedio de crecimiento anual del 3.2% (periodo 1997-2005) y una capacidad instalada de albergue disponible solamente para 19,201 internos, de lo que es fácil deducir que uno de los aspectos más relevantes es el creciente déficit de la capacidad de albergue que muestra el Sistema Penitenciario Nacional.

Debido a esta difícil situación y a las últimas reyertas registradas en los diferentes penales a nivel nacional, el Estado se ha visto obligado a tomar ciertas medidas con carácter de urgencia, con la finalidad de mantener el orden en el sistema penitenciario; en primer lugar, se ha declarado en emergencia el INPE y el sistema carcelario nacional; una segunda medida, es la construcción a la brevedad, conforme a las disposiciones legales vigentes, de dos nuevas cárceles: al sur y norte de Lima; en tercer lugar, se ha dispuesto el incremento de los agentes penitenciarios y la toma progresiva de los penales, que hoy están en poder de la Policía, por el personal del INPE, así como medidas de urgencia para el desplazamiento del personal y remuneración especial, para algunos casos que así lo justifiquen.

Es obvio que la solución al problema de hacinamiento, no conlleva la dación de leyes que permitan el egreso de un gran número de internos, con consecuencias negativas para la comunidad, sino que estriba en el manejo adecuado de una política penitenciaria que ordenadamente maneje el problema, determinando, cuando así lo requiera, la construcción de establecimientos penitenciarios, reconociendo que estos cumplen una función de seguridad para la sociedad, pues albergan a personas que por su comportamiento delictual requieren ser aislados momentáneamente del seno social, para ser sometidos a acciones de tratamiento que permitan modificar su conducta. La construcción de dos nuevos penales es una decisión que responde a un diseño de política-penal de mediano plazo, porque esos dos penales tendrán una capacidad para dos mil internos que permitirá descongestionar el penal de Lurigancho, posibilitando hacer algo fundamental: clasificar adecuadamente al primario como al que reingresa varias veces; ese es un tema muy importante porque de este modo se va a evitar que el joven delincuente vaya a un penal como Lurigancho para perfeccionarse en el delito. es una decisión que responde al propósito de mejorar la seguridad ciudadana.

Según información del diagnóstico del Plan Estratégico Multianual 2004-2006 del INPE, la Oficina de Planes y Cooperación Técnica ha determinado que el Sistema Penitenciario registra un índice de incremento en la población penitenciaria anual en un promedio de 3.2% en los últimos 6 años.

Por ello es de suma importancia considerar que el 73% de los Establecimientos Penitenciarios albergan menos de 400 internos, mientras que el 27% alberga de 400 a 7500 internos, siendo los establecimientos penales de Lurigancho, Callao, Sentenciados de Trujillo, Río Seco y Huánuco los que tienen mayor población, superando los 1,000 internos. Podemos apreciar de los cuadros siguientes que, el número de

Establecimiento Penitenciario es inversamente proporcional al número de población penal, ya que, a menor número de establecimientos penitenciarios, mayor es el número de la población penal.

La capacidad de albergue de los 81 Establecimientos Penales de todo el territorio nacional según el Informe Plan Estratégico Multinacional es de 19,201 internos, sin embargo, la población penal real es de 29,020 internos, existiendo una sobrepoblación de 9,819 internos, que porcentualmente representa el 51% de hacinamiento. Sin embargo, debemos tener presente que actualmente la población penal es de 33,094 internos, existiendo una sobrepoblación de 13,848 internos, que porcentualmente representa el 72.1% de hacinamiento.

De los 81 establecimientos penales (a julio de 2005, son 84 establecimientos penales), a 20 se encuentran en la Dirección Regional del Norte (Chiclayo), con una población penal ascendiente a 4,772 internos, siendo su capacidad de albergue de solo 4,309 internos, existiendo una sobrepoblación de 463 internos, que porcentualmente representa el 11% de hacinamiento. La Dirección Regional de Lima, con 14 establecimientos penales, cuenta con una población penal de 15,099 internos, siendo su capacidad de albergue de solo 7,169 internos, existiendo una sobrepoblación de 7,930 internos, que representa el 111% de hacinamiento.

La Dirección Regional Oriente (Pucallpa), cuenta con 04 establecimientos penales, con una población penal de 2,010 internos, siendo su capacidad de albergue de 1,106 internos, existiendo una sobrepoblación de 904 internos que representan un hacinamiento del 82%.

La Dirección Regional del Altiplano (Puno) cuenta con 6 establecimientos penales, con una población penal de 665 internos, siendo solo su capacidad de albergue de 1,186 internos, existiendo en este caso 521 plazas para internos, que porcentualmente representa -44%.

La tasa de hacinamiento total es 51%, es decir, falta dar albergue adecuado a más de 9,819 internos. En ese sentido la situación más dramática se aprecia en la Dirección Regional Lima, donde se encuentra el 52% de la población penitenciaria del país, la tasa llega al 104% constituyéndose en punto crítico del Sistema Penitenciario Nacional. Otras direcciones regionales que presentan altas tasas de hacinamiento son la Dirección Regional Oriente Pucallpa con el 82% y la Dirección Regional Nor Oriente San Martín con el 65%.

Y si no se toman en cuenta las recomendaciones, lineamientos de política penitenciaria y/o las acciones contenidas en el Plan Nacional Penitenciario, persistirá el problema del hacinamiento en los establecimientos penales, que para los años 2005 y 2006 la proyección es de 45% y 39%, respectivamente, tal como se observa en el siguiente cuadro, extraído del Plan Estratégico Multianual 2004-2006 del Instituto Nacional Penitenciario.

El Penal de Lurigancho, tal como hemos indicado, es el más poblado del país, en cuanto a la situación jurídica de la población penal podemos mencionar que el 92% está en la condición de procesado, mientras que el 8% estaría en calidad de sentenciado, concibiéndose como procesado al interno que se encuentra sin condena firme o resuelta por la última instancia judicial, hasta cuando esta remita el testimonio de condena al Instituto Nacional Penitenciario para su anotación. Sin embargo, consideramos que el Poder Judicial maneja otros datos que sería conveniente contrariarlas con los del INPE o realizar un censo de situación jurídica en los penales con un cuestionario muy sencillo y con personal entrenado que podrían ser los estudiantes de último año de derecho.

Los Establecimiento Penales que muestra el presente cuadro, son aquellos que albergan el mayor número de internos y, a la vez, tienen un alto índice de sobrepoblación penal, así podemos decir que la sobrepoblación de estos cinco establecimientos penitenciarios representa el 97% del problema de hacinamiento global del sistema a nivel nacional.

La sobrepoblación, unida a las precarias condiciones de la infraestructura, evidenciaron un hacinamiento extremo, así como el inadecuado funcionamiento de los servicios básicos.

Además, la antigüedad de los Establecimientos Penales, hace que las instalaciones no sean las más adecuadas para el trabajo penitenciario, pues sus instalaciones como las rejas o puertas de los pabellones y de las mismas celdas no están seguras, los internos pueden transitar a la hora que a ellos se les antoje, estas instalaciones precarias hace que el control interno recaiga más en los internos mismos que en la seguridad del INPE o de la policía que controla el centro penitenciario.

De estos centros penitenciarios antiguos, el más importante por sus dimensiones y por la población penal con que cuenta, es el Penal de Lurigancho, si extraemos Lurigancho (8,564 internos) y Chorrillos (913

internas) ubicados en Lima, de los 84 penales con que cuenta el Perú la población disminuiría considerablemente a una situación manejable.

La sobrepoblación carcelaria, como se ha dicho, trae colateralmente al hacinamiento, otros problemas tal como se ha expuesto en el Plan Estratégico del INPE, produce deterioro de la infraestructura, principalmente en los servicios básicos y sus respectivas instalaciones sanitarias y eléctricos, a lo que se suma la destrucción de la infraestructura por el sobreuso, lo que acentúa los actos de violencia (reyertas y motines) amparados en la sobrepoblación que dificulta las medidas de control y seguridad; es decir, el estado de hacinamiento se refleja en un círculo vicioso de mayor deterioro y destrucción de la infraestructura y es causa de actos de violencia (motines y reyertas), promiscuidad, inseguridad, enfermedades y disminución de la cobertura de los servicios.

4.-EL PRESUPUESTO ASIGNADO AL INPE

El exiguo presupuesto es otro gran problema que agobia el sistema penitenciario nacional. La poca asignación de recursos en el presupuesto del sector público se ha mantenido, con tendencia decreciente, en los últimos 10 años; si bien para el 2005 fue de S/. 158'754,613.00 nuevos soles (toda fuente, es decir; recursos ordinarios más los recursos directamente recaudados), mayor al presupuesto ejecutado en el año 2004, monto que alcanzaba los S/ 143'622,000.00 nuevos soles. La participación del INPE en el presupuesto del gobierno central solo representa el 0.33%, mientras que el año 1994 representaba el 0.89%.

El INPE tiene poca capacidad para generar recursos propios que contribuyan a la financiación de su presupuesto. Estos recursos se estiman, escasamente, en el 1.6% del presupuesto total; sin embargo, debe considerarse que el gasto por interno, a través del presupuesto ejecutado, ascendió el año 2001 a S/ 13.57 nuevos soles diarios, el año 2002 a S/ 12.72 nuevos soles diarios y en el año 2003 a S/ 13.19 nuevos soles. Como se observa, el gasto por interno ha disminuido en los años 2000, 2001 y 2002, a pesar del incremento del presupuesto, pues hay un mayor crecimiento de la población penitenciaria, lo que evidencia el escaso recurso económico asignado para las acciones de tratamiento y rehabilitación del interno, así como para refacción y construcción de nuevos establecimientos penitenciarios, imposible con lo destinado para este rubro; por lo que el único establecimiento penal nuevo de mayor envergadura para internos de máxima seguridad Piedras Gordas, ubicado en el Distrito de Ancón se construyó con fondos provenientes del FEDADO por un costo de US\$. 9'255,356.00 el que entro en funcionamiento parcial el 2005, debido, entre

otros, al exiguo presupuesto para implementarlo y a la falta de personal penitenciario egresado del Centro de Estudios Criminológicos Penitenciarios.

Esta álgida situación, ha llevado a que se declare en emergencia el sistema carcelario, lo que ha permitido adoptar una serie de acciones administrativas como la revisión de su reglamento de organización y funciones, así como también hacer obras en materia de salud a corto plazo. El financiamiento para estas acciones proviene del Banco Mundial, 3 millones de dólares que se van invertir hasta el mes de noviembre del 2005 y que significa para el penal de Lurigancho la construcción de una nueva clínica y una clínica especial para internos enfermos de TBC y VIH. Esto es muy importante porque la salud penitenciaria es un tema de salud pública. Esta es una medida que aliviara un poco la crisis que enfrenta este penal, pero no soluciona todos los problemas que plantea el tema de salud carcelaria.

La asignación de recursos del sector público para el Instituto Nacional Penitenciario ha ido decreciendo a través del tiempo, así en el año 1995 era de S/ 188'222,000.00, cantidad que es definitivamente mayor a la asignada para el 2005, si se compara la sobrepoblación carcelaria y el mayor requerimiento de servicios que exige cada día el interno, situación que dificulta y hace aún más problemática la realidad carcelaria.

Uno de los aspectos indispensables para afrontar la crisis penitenciaria y desarrollar mínimamente programas de tratamiento tendientes a la resocialización del penado, es la asignación presupuestaria que permita mejorar la infraestructura que a la fecha resulta deficiente e insuficiente para albergar una población carcelaria que día a día crece, pues la propia administración del Instituto Nacional Penitenciario ha informado que la capacidad de alojamiento en los penales del país, es de solo 19,200 y a la fecha, julio de 2005, la población supera los 33,000 internos, lo que demuestra que debido al crecimiento que ha experimentado la población penal, de 4% a 8% anual, esta situación debe merecer la atención inmediata del gobierno central, lo contrario constituirá acrecentar cada día el problema, convirtiendo a las cárceles en lugares donde no pueda realizarse el objetivo de la ejecución penal, que es la rehabilitación del interno.

El análisis comparativo de la asignación presupuestaria desde 1999 a la fecha, nos indica que el tesoro público, en estos últimos años, ha entregado al sector penitenciario sumas menores inclusive a las de 1999 y 2000, no obstante que la población era menor en comparación a la que tenemos en la actualidad. Una revisión de las cifras nos demuestra una realidad, que impide la contratación de personal de seguridad que

permita que el personal civil este a cargo de la totalidad de centros penitenciarios, conforme a normas internacionales, así como contratar a mayor número de profesionales indispensables para desarrollar programas de tratamiento posibilitando una remuneración acorde a la función de los servidores penitenciarios; que reconozca su delicada labor por los riesgos que conlleva la misma, independientemente de otros beneficio como el seguro de vida, indispensables y necesarios para un buen desempeño de sus labores, que redundara en la mejora del sistema penitenciario, considerando que el personal, en su mayoría son para la seguridad y el tratamiento del interno.

En el año 2004, el presupuesto establecido para el INPE fue de S/ 143'622,000.00 nuevos soles. Posteriormente se produjo un aumento llegando a S/ 148'266,858.00, incremento que creemos insuficiente, sabiendo de las carencias que vienen atravesando los establecimientos penales a nivel nacional, como es la falta de condiciones para ejercer la práctica del trabajo, la educación, etc. Además, el INPE cuenta con más de 4,600 trabajadores, de los cuales aproximadamente 2,400 prestan servicios de seguridad y el resto está a cargo de labores administrativas y de tratamiento, personal insuficiente teniendo en cuenta la cantidad de internos. Las remuneraciones de los empleados oscilan entre S/. 700 y S/. 1,000 nuevos soles, originando con ello que los trabajadores no busquen alternativas de formación y capacitación.

La Fuente de Financiamiento del INPE para el año 2005, fue de la siguiente manera: por Recursos Ordinarios se destinó para personal y obligaciones sociales la suma de S/. 58'848,767 nuevos soles, para obligaciones previsionales, es decir, para el pago de pensionistas y sobrevivientes S/. 6'942,365 nuevos soles, para bienes y servicios la suma de S/. 68'900,399 nuevos soles, dentro de este grupo genérico cabe mencionar que aproximadamente S/. 43'729,396.00 nuevos soles son destinados solamente para alimentos de personas, para otros gastos corrientes como subvenciones sociales y otros beneficios la suma de S/. 267,756.00 nuevos soles; por inversiones, infraestructura de los establecimientos penales solo S/. 9'487,805.00 y por otros gastos de capital, equipamiento y bienes duraderos la cantidad de S/. 11'805,146.00 nuevos soles.

Los Recursos Directamente Recaudados por el INPE, se destinan para grupos genéricos, dejando de lado personal y obligaciones sociales, previsionales, es decir, para el pago de pensionistas y sobrevivientes, para otros gastos corrientes como subvenciones sociales y otros beneficios, y por último para inversiones, como es la infraestructura de los establecimientos penales.

Se destino para bienes y servicios la suma de S/. 1'508,111.00 nuevos soles, dentro de este grupo genérico, aproximadamente S/. 11,684.00 nuevos soles, son destinados solamente para alimentos de personas, y para otros gastos de capital, equipamiento y bienes duraderos la cantidad de S/. 994,264.00 nuevos soles.

5.-EL PROBLEMA CARCELARIO EN AMERICA LATINA

Como hemos podido observar; la situación carcelaria en el Perú es álgida, sin embargo, no es un fenómeno aislado ya que nuestra realidad es muy similar a la del resto de países de América Latina; así lo determina la Primera Conferencia Regional sobre la Situación Carcelaria en la Región Andina, realizada en la ciudad de Quito, en enero del año 2000; este encuentro tuvo como antecedente una fase previa de elaboración de diagnóstico nacionales, realizado por organizaciones no gubernamentales con experiencia en la temática carcelaria de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela. Esta conferencia internacional ha sido un primer esfuerzo por evidenciar hasta que punto la problemática carcelaria en la Región Andina, desde un enfoque de derechos humanos, muestra múltiples semejanzas y, sobre todo, la urgencia de impulsar propuestas de acción conjuntas que nos permitan fortalecer un proceso de cambio en la realidad carcelaria andina, acorde con la dignidad humana de las personas privadas de libertad.

5.1.-Situación carcelaria de Bolivia

Así empezaremos con la situación carcelaria de BOLIVIA, que presenta elementos muy parecidos a los que hemos señalado en el sistema peruano, como son: el problema del hacinamiento calamitoso y ausencia de servicios; el vergonzoso retardo de justicia; la administración deficiente; la violencia de los derechos humanos que comprende otras formas, además de las dos primeras.

En la actualidad existen en este país 87 penitenciarías registradas por la propia Dirección de Régimen Penitenciario. De ellas, 18 son o están en las capitales de departamento y las otras 69 están ubicadas en las provincias. La verdad es que de las penitenciarías provinciales (carceletas), solo 36 están habitadas, algunos con 2, 3 o 4 reclusos. El grueso de la población penitenciaria se encuentra concentrada (84%) en el llamado eje (La Paz, Cochabamba y Santa Cruz). Es decir, que en los 18 reclusorios departamentales se encuentra el 90% de los detenidos, es decir, 7,455 personas. A estos debe sumarse los cónyuges y niños que conviven en familia en los recintos penitenciarios.

La falta de una adecuada infraestructura penitenciaria es un problema aparte, ya que o bien resulta inadecuada para cumplir su función o se encuentra deteriorada por el tiempo y el desgaste producido por el hacinamiento crítico que presentan la mayoría de establecimientos penitenciarios bolivianos. A esto se le suma que las cárceles construidas en los últimos periodos fueron pobladas a tal velocidad que sufren en plazos cortos el hacinamiento endémico e incapacidad para cumplir sus funciones según manda la Ley. La dinámica del crecimiento de la población penitenciaria tiene en la actualidad un ritmo muy acelerado en este país, debido a razones de carácter estructural.

5.2.-Situación carcelaria de Colombia

En COLOMBIA, la situación no es muy distinta, sin embargo, la crisis carcelaria es parte de la crítica situación que atraviesa este país desde hace varios años en materia de Derechos Humanos. Actualmente, existen 168 establecimientos carcelarios entre penitenciario, cárceles de distrito, colonias penales, reclusiones y cárceles de circuito.

En los 168 establecimientos carcelarios y penitenciarios, tiende a prevalecer una situación caracterizada por las altas tasas de hacinamiento y por las notorias deficiencias de su infraestructura física. El hacinamiento da cuenta de un crecimiento de la población carcelaria por encima del número de cupos habilitados por el sistema penitenciario y carcelario. Las deficiencias de la infraestructura se manifiestan en condiciones físicas inadecuadas, que no posibilitan el respeto de los derechos fundamentales, que no les han sido suspendidos a las personas privadas de su libertad.

El estado colombiano enfrenta, entonces, dos grandes retos en materia carcelaria y penitenciaria. De una parte, debe subsanar las deficiencias del sistema carcelario y penitenciario para garantizar condiciones de dignidad a las personas privadas de la libertad y poner fin a los tratos crueles, inhumanos o degradantes a los que son sometidos estos ciudadanos. Y, de otra parte, debe revisar los fundamentos jurídicos y el funcionamiento mismo de un sistema penal que promueve el abuso de detención preventiva y que se encuentra en estado de real incapacidad para administrar justicia con celeridad y de manera óptima, ya que el costo social de su disfuncionalidad conduce a graves violaciones de los derechos fundamentales de miles de personas que se encuentran internos en los establecimientos penitenciarios de este país.

5.3.-Situación carcelaria de Chile

En cuanto a la situación carcelaria en CHILE, pese a ser un país con un alto desarrollo económico, no es ajena a la problemática de los demás países de nuestro continente y presenta casi los mismos problemas, que ya hemos indicado, como factores comunes de la realidad penitenciaria de los países latinoamericanos, sin embargo, existe un grave inconveniente que este país debe enfrentar a la brevedad posible, que está relacionado con la infancia y la juventud chilena.

Chile ha sostenido hasta la fecha el modelo de consideración jurídica de la infancia conocido como “doctrina de la situación irregular”, que rige a pesar de su marcada contradicción con los postulados básicos de un Estado de Derecho y con las normas y principios de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) y otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Para el sistema penal vigente en Chile, a través de la Ley 16.618 de 1967, da exactamente lo mismo si el menor de 18 cometió un hecho punible o no, puesto que se contempla respecto de cualquier menor que se considere en situación irregular o de “riesgo material o moral” la posibilidad de aplicación de medidas de protección por el Juez de Menores, en un procedimiento que no respeta ninguna de las garantías procesales básicas. El problema se presenta cuando el agente, al momento de la comisión del delito, se encuentra entre los 16 y los 18 años de edad, ya que, pese a que el agente es menor de edad, debido a la consideración jurídica de la infancia que hemos indicado previamente, puede terminar en un establecimiento penal para adultos, en estos casos el discernimiento cumple un rol clave dentro del sistema, siendo una institución que surge en el Derecho penal clásico referida al elemento subjetivo del delito. Se transforma en el Derecho de Menores en una especie de pronóstico sobre la peligrosidad del joven analizado, en virtud del cual se decide si se le aplica el Derecho penal para adultos o el sistema propio de los menores.

Lamentablemente, lo que debió ser una excepción en la realidad resultó una generalidad, al punto que en el año 1990 Chile presentaba que el 62% de niños que estuvieron detenidos en centros penitenciarios de adultos estaban a la espera del examen de discernimiento, y en el año 1991, el 70% de estos menores examinados fueron declarados sin discernimiento, una cifra sin duda alguna alarmante, pero que gracias a los esfuerzos de las autoridades chilenas se ha ido reduciendo, pero aún no se ha logrado con éxito la erradicación total de menores en los centros penitenciarios para adultos.

En cuanto a la realidad carcelaria de la población penal adulta de Chile, se mantiene vigente la realidad del hacinamiento, abandono social y procesal, las malas condiciones higiénicas y de alimentación, la ausencia de segmentación, la violencia interna e institucional. En definitiva, la violación de una pluralidad de derechos humanos de los internos.

5.4.-Situación carcelaria de Ecuador

Mientras tanto, en el ECUADOR, con el crecimiento de la delincuencia, se ha dejado de lado la necesidad de trabajar por la rehabilitación de los detenidos. La sociedad, por su parte, se muestra totalmente indiferente sobre lo que puede ocurrir al interior de los centros penitenciarios. Por el contrario, iniciativas como el establecimiento de penas más severas e, incluso, la pena de muerte va tomando fuerza entre la población.

Para el año 1999, la población penitenciaria promedio que existía de acuerdo a los datos publicados por la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, era de 8,520 internos, si tomamos en cuenta que Ecuador tiene 12 millones de habitantes, entonces la relación de personas privadas de la libertad y el total de habitantes era de aproximadamente 1 por 1400; sin embargo, extraoficialmente se conoce que este número se ha ido reduciendo gracias a las reformas del Código de Ejecución de Penas con relación a las rebajas de pena, conocidas como las dos por uno, así como la aplicación de la Ley 04, reformativa del Código Penal, por la cual se establece un tiempo en relación a la pena que la persona podía estar sin sentencia.

En cuanto a la infraestructura de los Establecimientos Penitenciarios, existen 33 centros de rehabilitación social, distribuidos en el país de acuerdo con la zona geográfica, 13 en la costa, 19 en la sierra y 2 en el oriente, encontrándose distribuidos los aproximadamente 8,520 privados de su libertad. La capacidad física instalada del Sistema es de 6,093 mt², mientras que el requerimiento del sistema como ya lo hemos señalado es de 8,520 plazas, existiendo un déficit de alrededor de 2,427, lo que provoca que los internos vivan en hacinamiento y promiscuidad. Otro gran problema es el bajo presupuesto destinado al mantenimiento de los internos, así por ejemplo, el Estado ecuatoriano ha fijado el presupuesto de USD 0.30, por cada recluso, para la alimentación que comprende las tres comidas diarias: desayuno, almuerzo y cena, obviamente esta cantidad es insuficiente para proveer de una adecuada alimentación al interno, haciendo factible el deterioro de la salud y la propagación de distintas enfermedades dentro del establecimiento penal. A se le suma la deficiente administración y la falta de una política de rehabilitación que permita cumplir con la finalidad de la pena logrando que el interno pueda reintegrarse a la sociedad en mejores condiciones.

5.5.-Situación carcelaria de Venezuela

Por último, vamos a tratar brevemente la situación penitenciaria de VENEZUELA. En la actualidad este país cuenta con más de 25 millones de habitantes. Dentro de toda geografía cuenta con 34 Centro Penitenciarios, que albergan a 14,412 personas de las cuales 775 son mujeres y 13,637 son hombres, lo que nos informa que el 0,75% del total de la población se encuentra privada de su libertad. De este universo de población penal venezolana 8,047 personas se encuentran en proceso, siendo 7,692 hombres y 355 mujeres, mientras que condenados son un total de 6,365 de los cuales 5,945 son hombres y 420 mujeres.

Al describir la situación penitenciaria venezolana, la organización internacional Human Rights Watch en el libro Castigados Sin Condena, referente a las condiciones de las prisiones, dice: “Abarrotadas, con personal insuficiente, deterioradas físicamente, y plagadas de armas, drogas y bandas”. A pesar de lo anterior; se han presentado mejorías notorias en los índices de hacinamiento y en proporción entre los procesados y penados debido a la aplicación de una política más agresiva de las autoridades en el otorgamiento de beneficios penitenciarios previstos en la Ley de Régimen Penitenciario, y por la entrada en vigencia del COPP, que prevé la libertad de los procesados con más de dos años sin sentencia por algún tipo de delito. Lo que nos indica que las cosas se encuentran encaminadas al cambio y existe la intención de una reforma profunda de la política penitenciaria no solo en este país sino en toda América Latina.

6.-TRATAMIENTO PENITENCIARIO

6.1.-TRABAJO

El trabajo es un derecho y deber del interno, según el código de Ejecución penal, sus condiciones son en lo posible similares al trabajo en libertad. No tiene carácter aflictivo ni es aplicado como medida disciplinaria, ni atenta contra la dignidad del interno. El trabajo Penitenciario está considerado como uno de los elementos fundamentales de Tratamiento del interno, constituye decisivamente en su proceso de resocialización.

El trabajo que realizan los internos procesados tiene carácter voluntario. Las normas y directivas emitidas por el INPE regulan la planificación, organización, métodos, horarios, medidas preventivas de ingreso y seguridad del trabajo penitenciario. Las modalidades de trabajo penitenciario se desarrollan a través de actividades profesionales, técnicas, artesanales, productivas, artísticas y de servicios auxiliares. Las actividades que se desarrollan en los establecimientos penitenciarios a nivel nacional son:

Talleres

Carpintería, Zapatería, Tejido a máquina, Electrónica, Mecánica Automotriz, Soldadura y forja, Sastrería, Hidroponía, Confecciones, Cerámica y Telares.

Principales Actividades

Agricultura, Confección de Carteras, Taller de Cosmetología, Cornoplastía, Filigrama, Artesanía, Juguetería, Serigrafía, Talabartería, Tejido en yute, Cestería, Manualidades, Lavandería, Ad - honorem y otros.

El Trabajo Penitenciario es Proporcionado por

- La Administración Penitenciaria, a través de la Implementación de los talleres laborales de los establecimientos penitenciarios en donde se vienen ejecutando pequeños proyectos de inversión.
- Los propios medios del interno o de sus familiares.
- Entidades públicas y/o privadas a través de la administración penitenciaria.

Beneficios que tienen los Internos que participan en Trabajo

- Posibilidad de aprender una opción laboral que pueda desarrollar cuando obtenga su libertad.
- Mantenerse ocupado desarrollando su creatividad e ingenio en el trabajo que desarrolla, buscando su perfeccionamiento.
- Obtener ingresos económicos para él y sus familiares, obtenidos por los productos que fabrica y vende.
- La Redención de la pena por el trabajo, si está facultado por las leyes vigentes.

Logros Realizados

- Fabricación de mobiliario para los talleres del área de trabajo en el Establecimiento Penitenciario de Régimen Especial de Chorrillos.
- Participación en la Feria Expo - Madre con productos de los internos de la Dirección Regional Lima, auspiciado por la Empresa Continental Group S. A.
- Participación en la 1ra feria Expo Venta - "Integración", auspiciado por el Instituto Nacional de Cultura Ancash.

- Participación en la Exposición - venta de obras y artísticas (pintura y cerámica), denominado "Creatividad y Oportunidad" auspiciado por el Instituto Nacional de Cultura, Museo de la Nación e Instituto Nacional Penitenciario.
- Ejecución de Proyectos de "Fabricación de 25 docenas de calzado escolar en el Establecimiento Penitenciario de Régimen Cerrado Ordinario Lurigancho".
- Implementación del Establecimiento Penitenciario Sentenciados del Pícsi e Iquitos Maynas, con talleres de carpintería, soldadura y forja, del proyecto Non Project.
- Implementación permanente con maquinarias, equipos y herramientas, así como el financiamiento de proyectos para los talleres de los Establecimientos Penitenciarios a nivel nacional.

Convenios

El INPE como órgano rector del sistema penitenciario es responsable de suscribir convenios de cooperación interinstitucional con entidades públicas y privadas que hagan posible el cumplimiento de los objetos, para tales efectos se suscribieron los siguientes convenios.

- Comisión para la promoción de la pequeña y mediana empresa - PROMPYME.
- Servicio Nacional de adiestramiento en trabajo industrial - SENATI.

6.2.-ASITENCIA SOCIAL

El trabajo social penitenciario es una disciplina de las ciencias sociales, enmarcada en la política penitenciaria, que se basa en el respeto de los derechos humanos y dignidad de la persona que ha quebrantado el ordenamiento legal; el quehacer profesional está orientado al logro de un cambio social, la resolución de problemas en las relaciones humanas que promueve la resocialización del interno y la prevención del delito, mediante una metodología de intervención profesional individual, grupal y familiar.

El tratamiento social en los Establecimientos Penitenciarios cobra su vital importancia al tener en cuenta que una persona privada de su libertad va a producir un impacto psico social en la persona y su entorno familiar; que trae como consecuencia la modificación de la dinámica familiar; constituyendo este el campo de intervención de las trabajadoras sociales del Instituto Nacional Penitenciario; quienes dirigen su accionar en la restitución, mantenimiento y fortalecimiento del vínculo familiar para el logro de la resocialización del interno y la prevención del delito. Por esta razón su trabajo consiste en:

- Elaborar el estudio, diagnóstico y Plan de tratamiento social de la población a su cargo, viendo al interno desde una concepción integral, trabajando sus capacidades y potencialidades orientados a la rehabilitación, reeducación y reincorporación a la sociedad.
- Integrar la junta de clasificación, reclasificación, reubicación y/o reordenamiento en los establecimientos transitorios y establecimientos penitenciarios.
- Efectuar la visita domiciliaria al ingreso del interno al establecimiento penitenciario, lo que permitirá realizar el diagnóstico de su medio socio-familiar, conocer la dinámica de la familia y elaborar un registro de las redes sociales de la comunidad las que constituirán un soporte para su reinserción social. Las mismas que se ejecutarán de acuerdo a la partida presupuestal asignada por comisión de servicio.
- Reforzar el mantenimiento y coadyuvar a la restitución y fortalecimiento del vínculo familiar del interno, a través de métodos de intervención individual, grupal y/o familiar.
 - Brindar tratamiento social a la multiproblemática familiar.
 - Desarrolla programas con los internos y sus familiares dirigidos a potenciar sus capacidades asertivas en el manejo socio-familiar.
- Realizar consejería personalizada al interno buscando la reflexión sobre las actitudes negativas que lo han llevado a delinquir y asuma una posición responsable para la integración a su medio socio-familiar.
- Coordinar permanentemente con los servicios asistenciales de tratamiento, a fin de brindar un tratamiento integral y especializado al binomio interno-familia.
- Orientar a los internos nuevos y su familia; brindando información sobre el régimen de vida en el establecimiento penitenciario y sobre la labor de los servicios asistenciales de tratamiento; con la finalidad de lograr que la familia participe y motive al interno a descubrir y potenciar sus capacidades.
- Diseñar, organizar, ejecutar y evaluar programas de tratamiento social de acuerdo a cada régimen penitenciario.
- Incrementar las terapias familiares que nos permitan tener una visión integral de la problemática familiar orientadas a la solución de la misma con la participación de sus miembros.
- Brindar atención social a los hijos menores de tres años de las internas que se encuentran en los establecimientos penitenciarios y a los hijos de internos que se encuentran en riesgo moral y material.
- Realizar labor educativa de carácter promocional, preventiva, normativa y asistencial.

- Mantener actualizado el expediente social de los internos el que contará con el registro de todas las atenciones y acciones de tratamiento recibidas, en el que se observará la fecha, firma y sello del profesional que brindó la atención.
- Efectuar la visita domiciliaria el día de ingreso al establecimiento penitenciario de un presunto menor de edad, a efectos de obtener su partida de nacimiento a través de sus familiares o mediante gestiones en la Municipalidad respectiva y coordinar con el área legal para que realice el corte de secuela por minoría de edad en el Juzgado correspondiente.
- Desarrollar programas con la población penal donde se propicie el desarrollo de una cultura de paz y actitudes positivas en el interno, enmarcada en los principios de los Derechos Humanos.
- Efectuar visitas domiciliarias periódicas a los familiares de los internos con el propósito de evaluar la aplicación de los programas familiares, la que permitirá registrar hechos y situaciones que prevalecen en el funcionamiento familiar, brindando el apoyo y las orientaciones correspondientes.
- Canalizar redes sociales de soporte interinstitucional que coadyuven en el tratamiento del binomio interno-familia, así como para canalizar acciones de apoyo al interno de escasos recursos económicos.
- Participar en los equipos multidisciplinarios de los programas de PCT y PROCETSS, de acuerdo a las normas y procedimientos de la política de salud.
- Realizar gestiones, coordinaciones y visitas hospitalarias para la atención de los casos de salud, si la situación así lo amerita.
- Participar como integrante de las comisiones de trabajo convocadas por la superioridad.
- Coordinar y supervisar a las ONGs, congregaciones religiosas, agentes pastorales e instituciones públicas y privadas; y canalizar apoyo para los internos de escasos recursos económicos.
- Emitir informes sociales para beneficios penitenciarios y otros que requiera la autoridad competente, dentro del plazo establecido por ley, fundamentando su apreciación en forma clara, precisa y concluyente.
- Emitir informes estadísticos y narrativos mensuales, señalando limitaciones, logros y sugerencias.

6.3.-ASISTENCIA LEGAL

Los Abogados del Servicio de Asistencia Legal de los Establecimientos Penitenciarios realizan a favor del interno las siguientes funciones:

- Asesoría jurídica.

- Difunde los alcances de la normatividad en materia penal. Procesal penal y de ejecución penal, mediante charlas, talleres y otros medios.
- Apoyo en la organización y tramitación de expedientes de beneficios penitenciarios.
- Evalúa y emite informes jurídicos sobre: beneficios penitenciarios, traslados, gracia presidencial y cómputo del tiempo redimido y el tiempo efectivo de la pena.
- Elaborar escritos, solicitudes y recursos para su tramitación ante las autoridades correspondientes a petición de los internos.
- Participa en la clasificación y reclasificación de los internos.
- Asume la defensa del interno que no cuenta con capacidad económica para contratar un abogado defensor.
- Asesora a la administración penitenciaria y coordina la prestación del servicio legal gratuito con otras entidades públicas y privadas.
- Participa en la clasificación y reclasificación de los internos.

6.4.-ASISTENCIA PSICOLOGICA

El Sistema Penitenciario Nacional tiene como premisa el reconocimiento jurídico y el respeto a la persona, persiguiendo como objetivo la resocialización del interno a través del tratamiento técnico - científico, fundamentado en las vigentes y modernas teorías que buscan dar solución a la compleja problemática de la conducta humana, es así que el servicio de Psicología como parte fundamental del tratamiento que brinda al interno, realiza una serie de acciones fundamentados en la aplicación de métodos y técnicas acorde a los avances científicos en la actualidad, es así que su trabajo está amparado en el artículo 92° del Código de Ejecución Penal y en los estatutos del código de ética profesional. Así entre las actividades que realiza el Psicólogo están las siguientes:

- Participa como integrante de la Junta de Clasificación en los Establecimientos Transitorios de Procesados para la clasificación a las personas con mandato de detención ubicándolos según el grado de peligrosidad en el establecimiento penitenciario respectivo.
- Participa como integrante en la Junta de Clasificación a los internos que ingresan al establecimiento penitenciario ubicándolos en el pabellón correspondiente.
- Participa como integrante de la Junta de Clasificación realizando evaluaciones a los internos reclasificándolos según el nivel de progresión o regresión en el tratamiento.

- Participa como integrante de la Junta de Clasificación reubicando a los internos en otros ambientes según el régimen destinado, asimismo reordena a la población penitenciaria según las normas establecidas.
- Entrevista y evalúa a los internos desde que ingresan al establecimiento penitenciario aperturando su expediente psicológico y realizando el seguimiento respectivo según las acciones realizadas a su favor.
- Aplica pruebas psicológicas para corroborar su impresión diagnóstica inicial.
- Realiza tratamiento a los internos e internas a través de acciones de tipo Individual, Grupal y/o Familiar.
- Realiza intervención psicológica a los hijos de las internas, menores de tres años que se encuentran en la cuna del establecimiento penitenciario, con la finalidad de brindar estimulación temprana en las áreas psicomotriz, social, emocional, intelectual, lo cual favorecerá a un armonioso desarrollo de su personalidad.
- Aplica técnicas de corte Cognitivo - Conductual.
- Es responsable de la ejecución de los programas de ejercicios básicos con la finalidad de canalizar los niveles de impulsividad y agresividad, estrés, ansiedad y otros generados como producto del encierro.
- Desarrolla actividades complementarias al tratamiento tales como: Talleres, videoforum, escuela para padres, dinámicas grupales, etc.
- Motiva a la población penitenciaria en general propiciando su participación a las actividades como: concursos sobre arreglo de su habitación, poesía, dibujo entre otros.
- Integra el equipo multidisciplinario participando en el desarrollo del Programa de Control de Tuberculosis (PCT) y del Programa de Control de Enfermedades de Transmisión Sexual VIH/SIDA (PROCETSS) con la finalidad de realizar acciones de prevención primaria, secundaria y terciaria según su especialidad.
- Coordina con otras áreas con la finalidad de hacer un trabajo integral e interdisciplinario.
- Transfiere al interno a otras áreas de tratamiento, según la problemática detectada.
- Realiza programas de salud mental.
- Elabora informes psicológicos para Beneficios Penitenciarios, Indultos, Gracias Presidenciales entre otros.

- Realiza investigaciones psicológicas con el objetivo de ampliar sus conocimientos respecto a la realidad penitenciaria.
- Coordina con instituciones públicas y/o privadas con la finalidad de complementar las acciones de tratamiento psicológico realizadas a favor de los internos.

7.-PROGRAMA RETO

El programa “Recuperando eficacia, tomando oportunidades – RETO” brinda atención ambulatoria a la población penitenciaria extramuros (liberados y sentenciados) con conductas de consumo de drogas a nivel experimental, esporádico, ocasional, así como brinda atención complementaria a internos que egresan de los Establecimientos Penitenciarios con beneficios penitenciarios y que estuvieron en programa de tratamiento intramuros por abuso y dependencias de sustancias psicoactivas a fin de efectuar seguimiento para prevenir recaída en consumo de drogas.

Tiene como objetivo que la población intervenida fortalezca capacidades personales y sociales para rechazar el consumo de drogas, que mejoren sus relaciones interpersonales, aprendan a pensar de forma positiva, desarrollen habilidades cognitivas y sociales de manera que pueda percibir los riesgos asociados a la recaída en consumo, así como mejorar su relación con su entorno. Se complementa la intervención con talleres socio familiares que buscan el compromiso de la familia como red de soporte en la labor de reinserción; así como con capacitaciones técnicas laborales que les permita ocupar de manera productiva su tiempo libre, así como mejorar su nivel de empleabilidad.

CAP. III

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE O LOS INSTRUMENTO UTILIZADOS

1.-PRESENTACION E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS

1.1.-LOS JUECES DE LOS JUZGADOS UNIPERSNALES DE CHICLAYO

Tabla 1

El empleo del aumento de las sanciones penales por reincidencia reduce la delincuencia y protege la seguridad ciudadana

Muy de acuerdo	De acuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	1	2	5

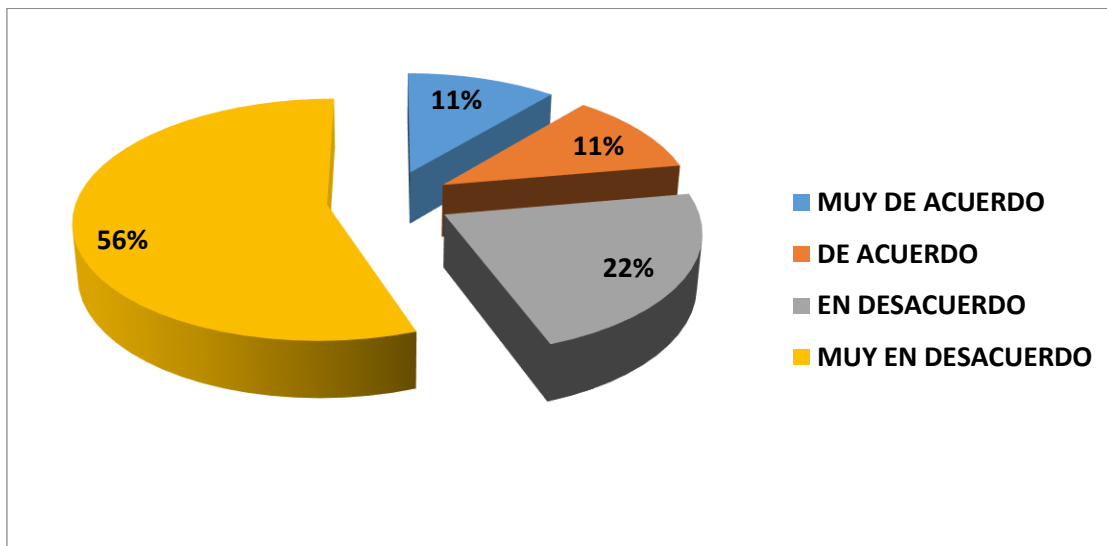


Figura 1. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que 56% considera muy en desacuerdo que el empleo de las sanciones penales por reincidencia reduce la delincuencia y protege la seguridad ciudadana, 22% considera en desacuerdo, el 11% de acuerdo y el otro 11% muy de acuerdo.

Tabla 2

La figura de la reincidencia en la agravación de la pena atenta contra los fines de la pena

Muy de acuerdo	De acuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
4	4	1	0

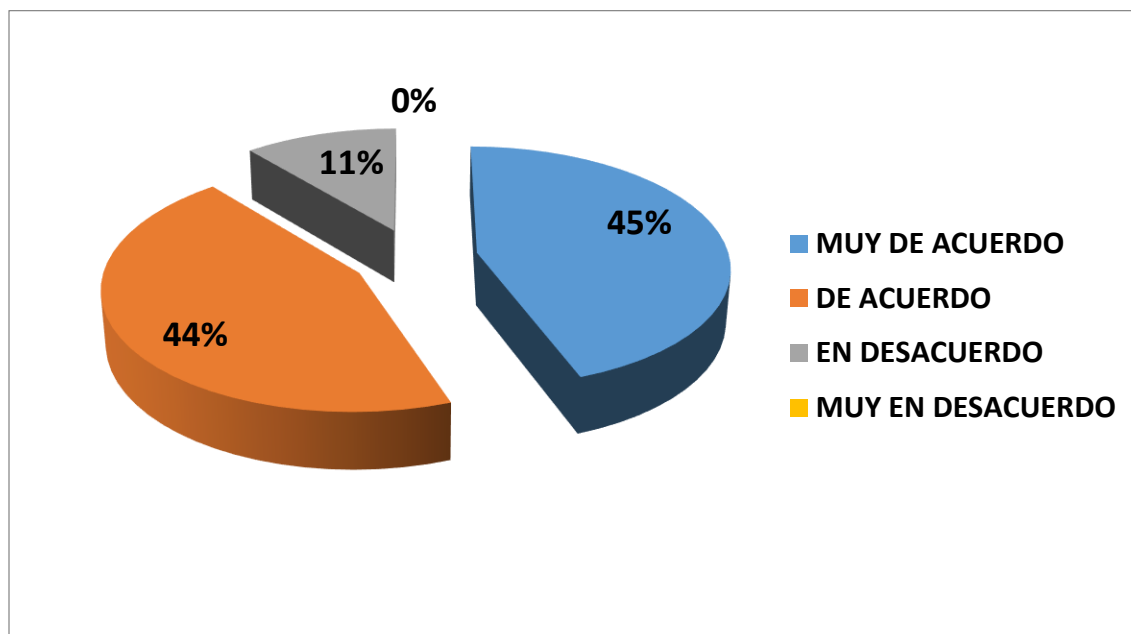


Figura 2. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que 45% considera muy de acuerdo que la reincidencia en la agravación de la pena atenta contra los fines de la pena, 44% considera de acuerdo, el 11% en desacuerdo y el otro 0% muy en desacuerdo.

Tabla 3

El tratamiento penitenciario cumple con la finalidad de la pena

Muy de acuerdo	De acuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
2	1	3	3

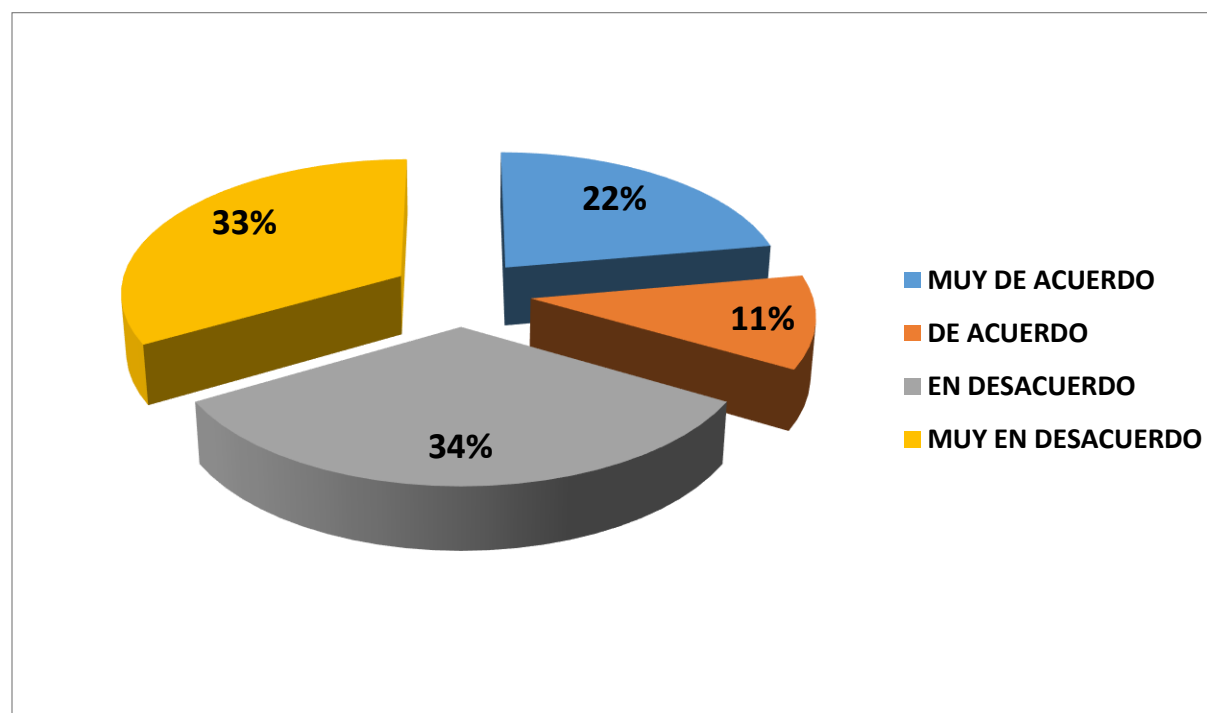


Figura 3. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que 34% considera en desacuerdo que el tratamiento penitenciario cumple con la finalidad de la pena, 33% considera muy en desacuerdo, el 22% muy de acuerdo y el otro 11% de acuerdo.

Tabla 4

Existen restricciones a derechos en los procedimientos de ejecución de condenar por ser reincidente

Muy de acuerdo	De acuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
4	3	2	0

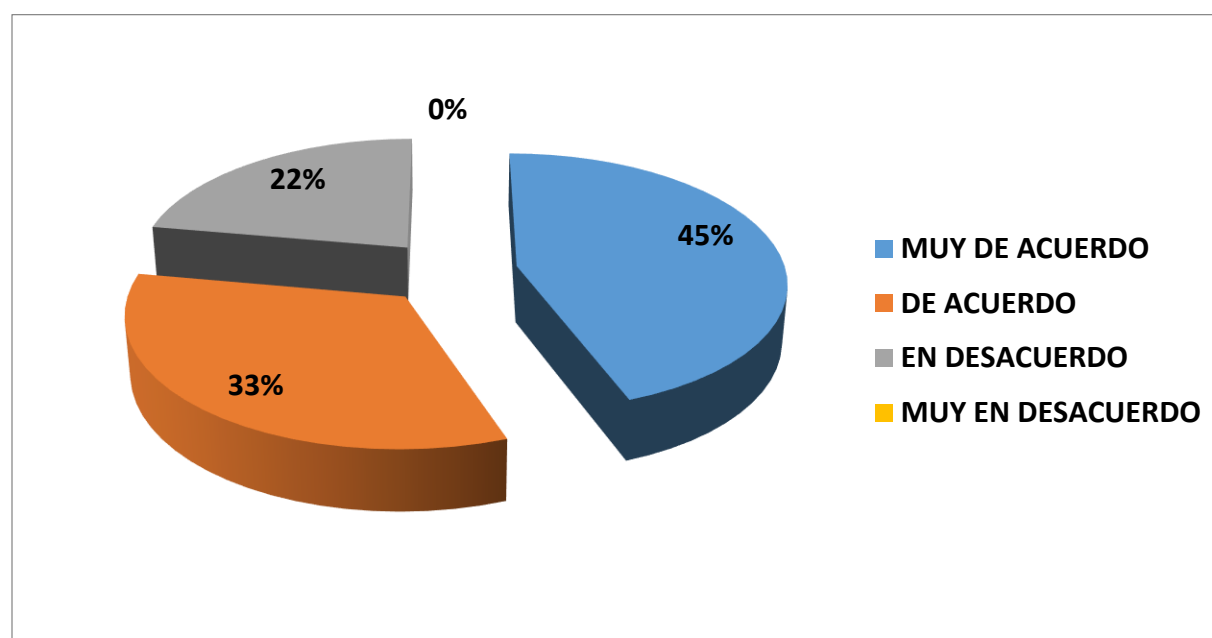


Figura 4. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que 45% considera muy de acuerdo en que existen restricciones a derechos en los procedimientos de ejecución de condenar por ser reincidencia, 33% considera de acuerdo, el 22% en desacuerdo y el otro 0% muy en desacuerdo.

Tabla 5

El aumento de las sanciones penales por reincidencia atenta contra las medidas de resocialización y rehabilitación

Muy de acuerdo	De acuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
6	3	0	0

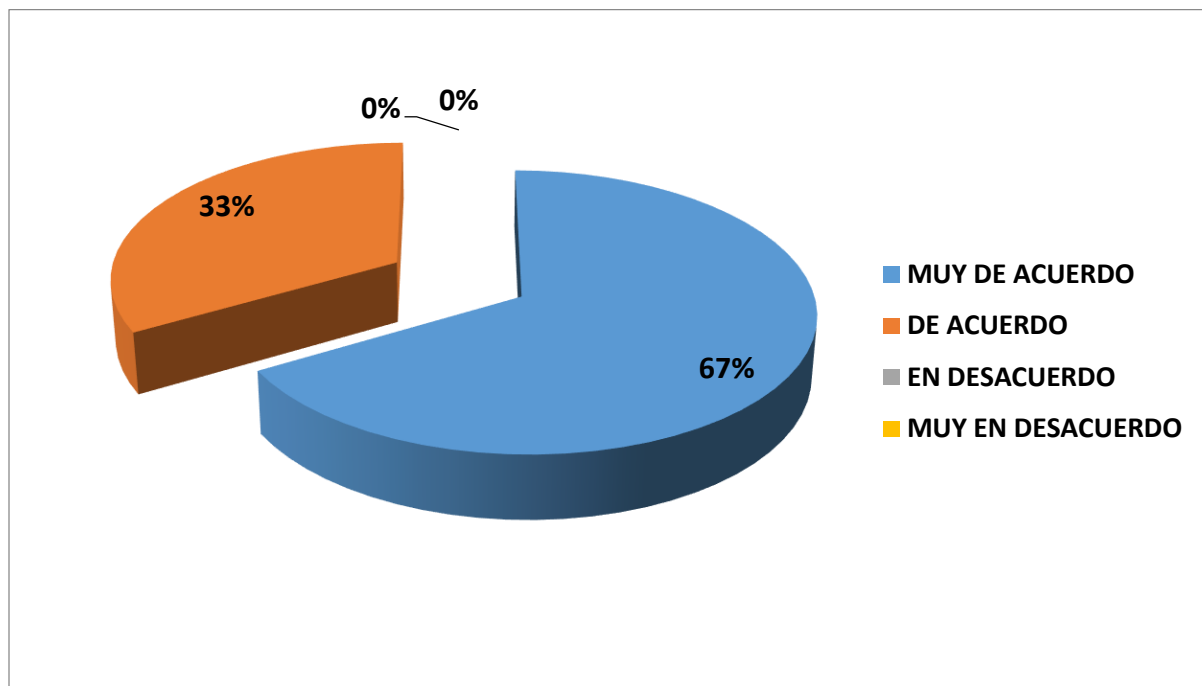


Figura 5. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que 67% considera muy de acuerdo en que el aumento de las sanciones penales por reincidencia atenta contra las medidas de resocialización y rehabilitación, 33% considera de acuerdo, el 0% en desacuerdo y el otro 0% muy en desacuerdo.

Tabla 6

Se debe contratar más profesionales especializados en tratamiento penitenciario que se dediquen completamente y más tiempo para cada interno

Muy de acuerdo	De acuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
7	2	0	0

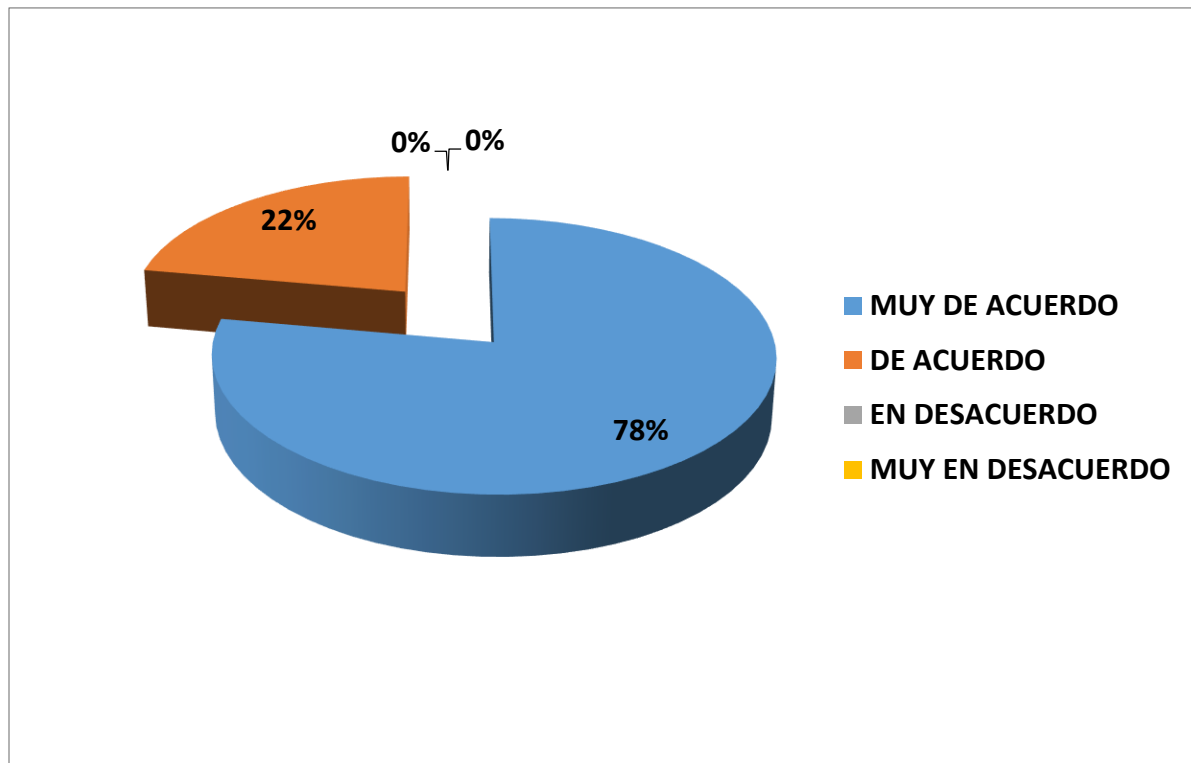


Figura 6. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que 78% considera que se debe contratar más profesionales especializados en tratamiento penitenciario que se dediquen completamente y más tiempo para cada interno, 22% considera de acuerdo, el 0% en desacuerdo y el otro 0% muy en desacuerdo.

1.2.-AL PERSONAL DEL TRATAMIENTO TECNICO PENITENCIARIO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PICSÍ

TABLA 7
SEXO

MASCULINO	FEMENINO
7	6

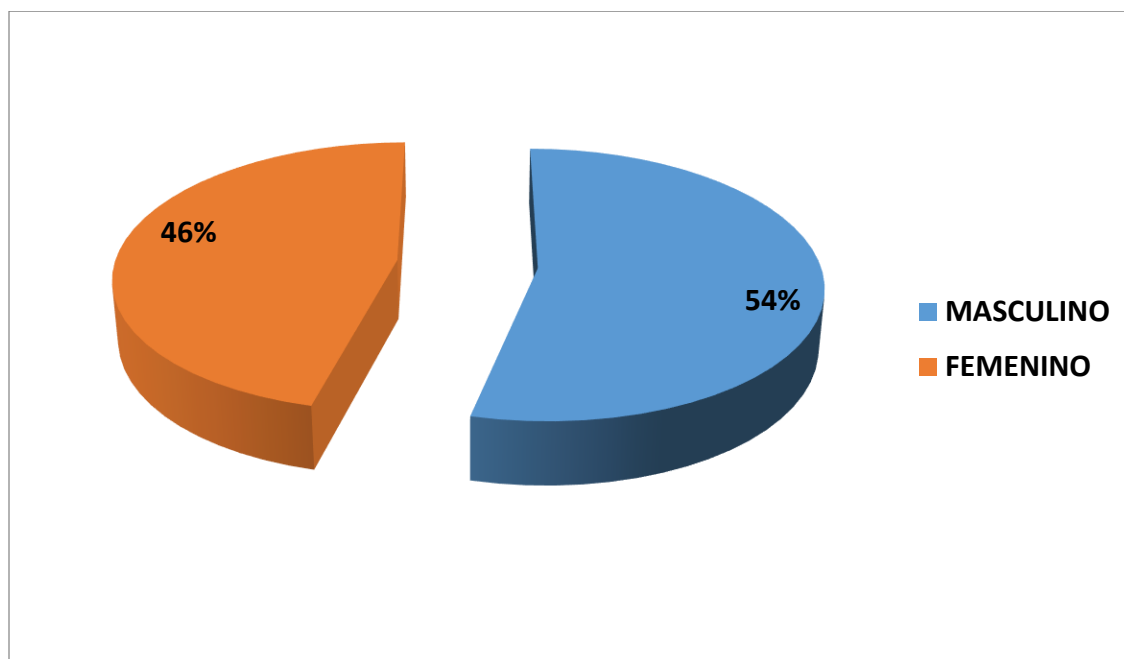


Figura 7. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que un 54% de personal del tratamiento técnico penitenciario del Establecimiento Penitenciario de Pícsi se encuentra conformado por el sexo masculino y un 46% por el sexo femenino.

TABLO 8
EDAD

31 - 40	40 - 50	50 - 60
5	6	2

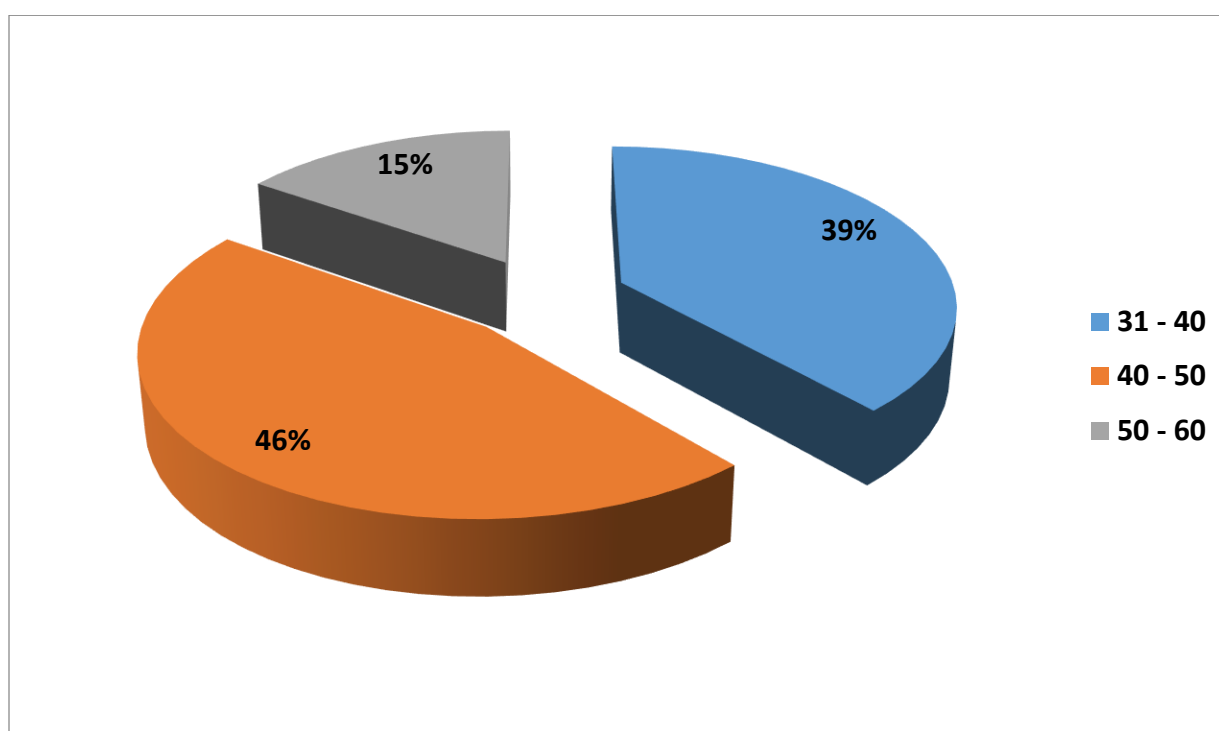


Figura 8. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que un 39% de personas del tratamiento técnico penitenciario del Establecimiento Penitenciario de Pícsi viene laborando entre las edades 31 a 40, el 46% entre las edades de 40 a 50 años y un 15% entre los 50 a 60 años de edad.

TABLA 9
OCUPACION

ABOGADO	PSICOLOGOS	ASISTENTA SOCIAL	OTROS
2	4	4	3

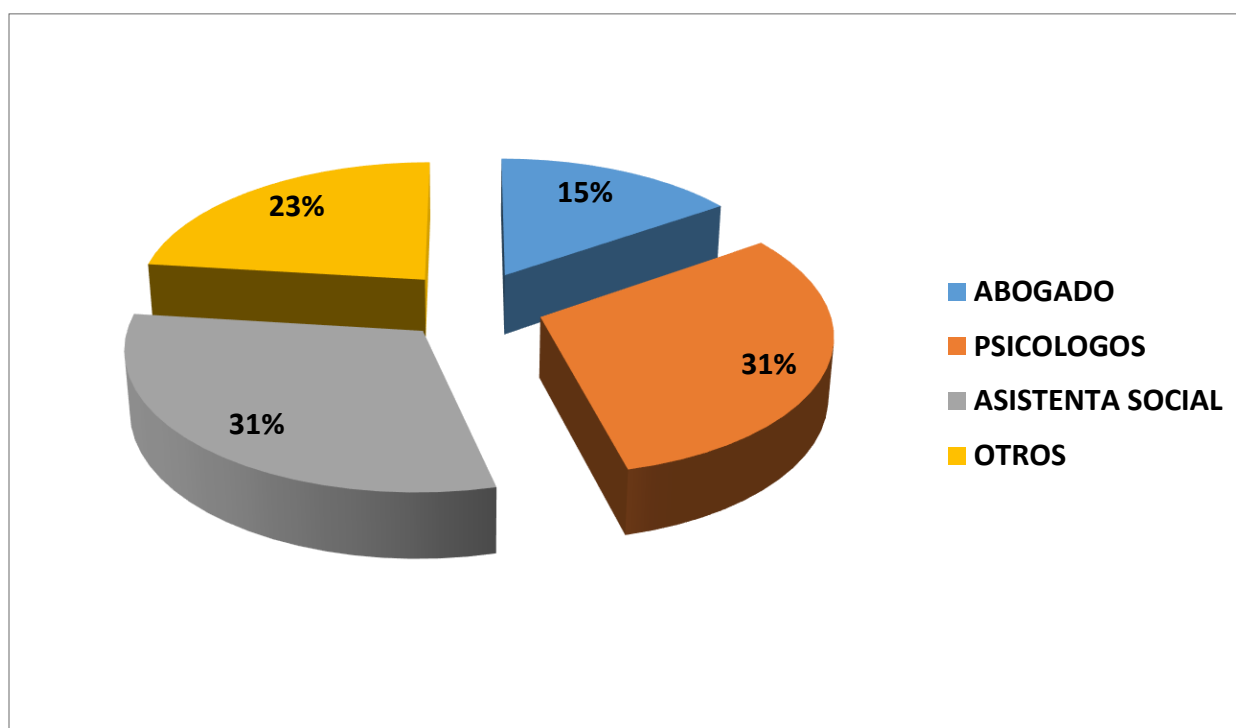


Figura 9. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que un 31% de personas del tratamiento técnico penitenciario del Establecimiento Penitenciario de Pícsi están conformado por psicológicos y asistente sociales, el 15% por abogados y el 23% por otros.

TABLA 10
TIEMPO LABORANDO

1 a 5	6 a 10	11 a 15
5	6	2

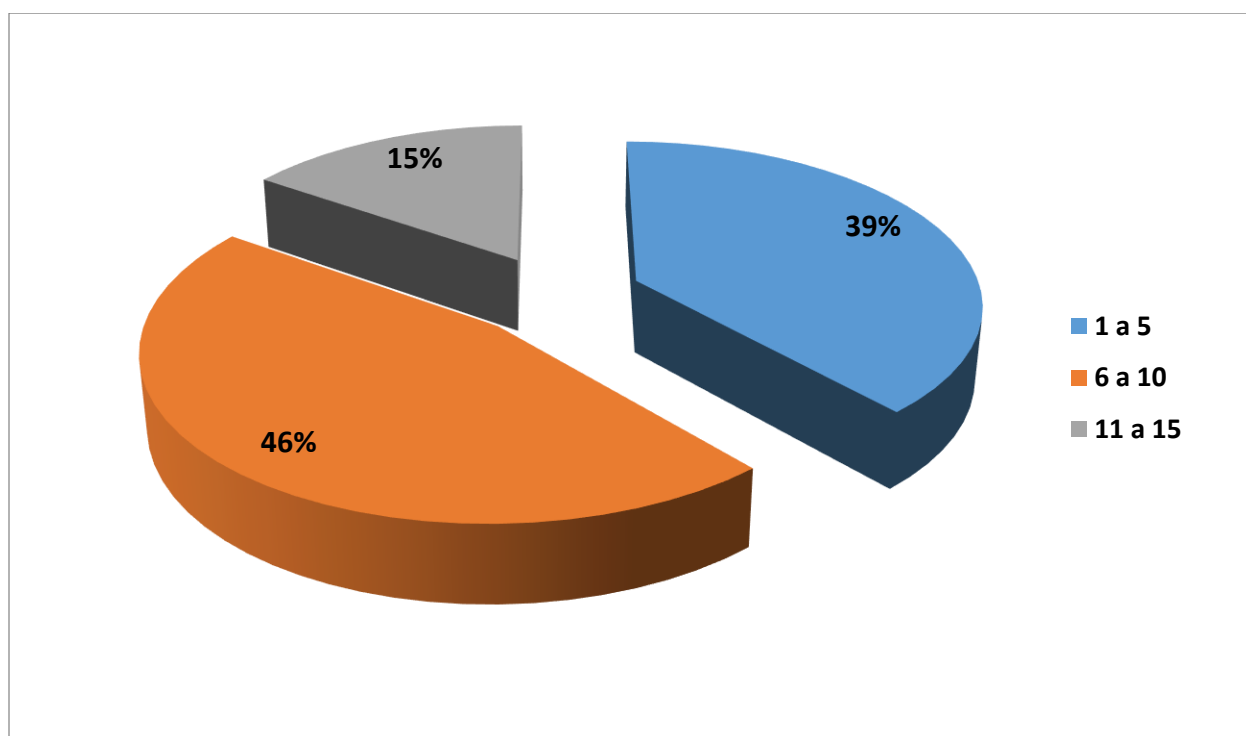


Figura 10. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que un 54% de personal del tratamiento técnico penitenciario del Establecimiento Penitenciario de Pícsi se encuentra conformado por el sexo masculino y un 46% por el sexo femenino.

TABLA 11
FUNCIONES REALIZA DENTRO DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PICSÍ, Y DE
QUÉ FORMA AYUDA AL TRATAMIENTO DEL INTERNO

ASISTENCIA SOCIAL	ASISTENCIA LEGAL	ASISTENCIA PSICOLOGICA	TRABAJO
4	2	4	3

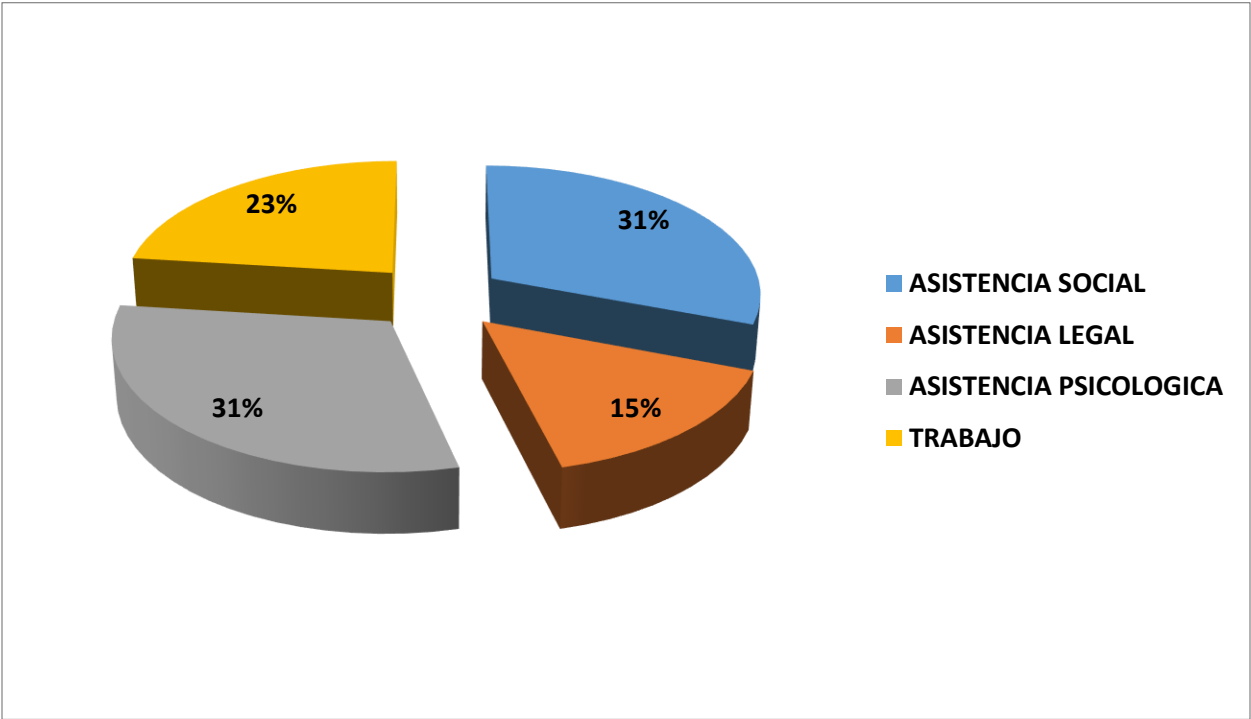


Figura 11. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que un 31% de personal del tratamiento técnico penitenciario del Establecimiento Penitenciario de Pícsi se encuentra asumiendo funciones como asistencia social y psicológica, el 15% asume función en asistencia legal y un 23% en trabajo. Y de qué forma, en lo social realizando consejería personalidad al interno buscando la reflexión sobre las actitudes negativas; en el trabajo desarrollando actividades de diversa índole ya sea profesional, técnico, artesanal, productivo, artístico, etc.; en lo legal elaborar solicitudes, escritos y recursos para tramitación ante las autoridades correspondientes y en lo psicológicos evaluar a los internos respecto a las acciones realizadas a su favor.

TABLA 12

EL SENTENCIADO EN EL TIEMPO EN QUE SE ENCUENTRA INTERNADO EN UN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO CUMPLE CON RESOCIALIZARSE

SI	NO	A VECES
3	4	6

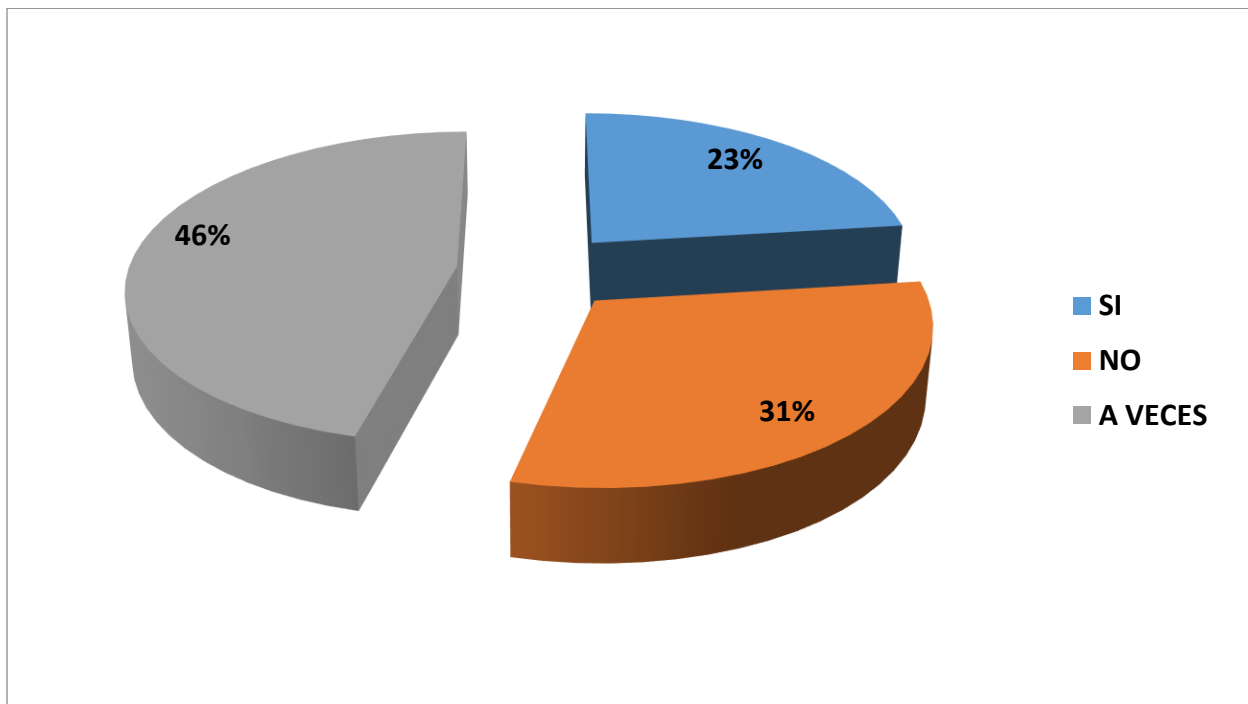


Figura 12. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que un 46% de personal del tratamiento técnico penitenciario del Establecimiento Penitenciario de Pícsi considera que a veces el sentenciado en el tiempo en que se encuentra internado en un establecimiento penitenciario cumple con resocializarse, un 31% considera que no y un 23% considera que si.

TABLA 13

EL AUMENTO DE LA PENA POR REINCIDENCIA ES EL TRATAMIENTO MÁS ADECUADO PARA DISMINUIR LA DELINCUENCIA Y ASÍ PROTEGER LA CIUDADANÍA

SI	NO
3	10

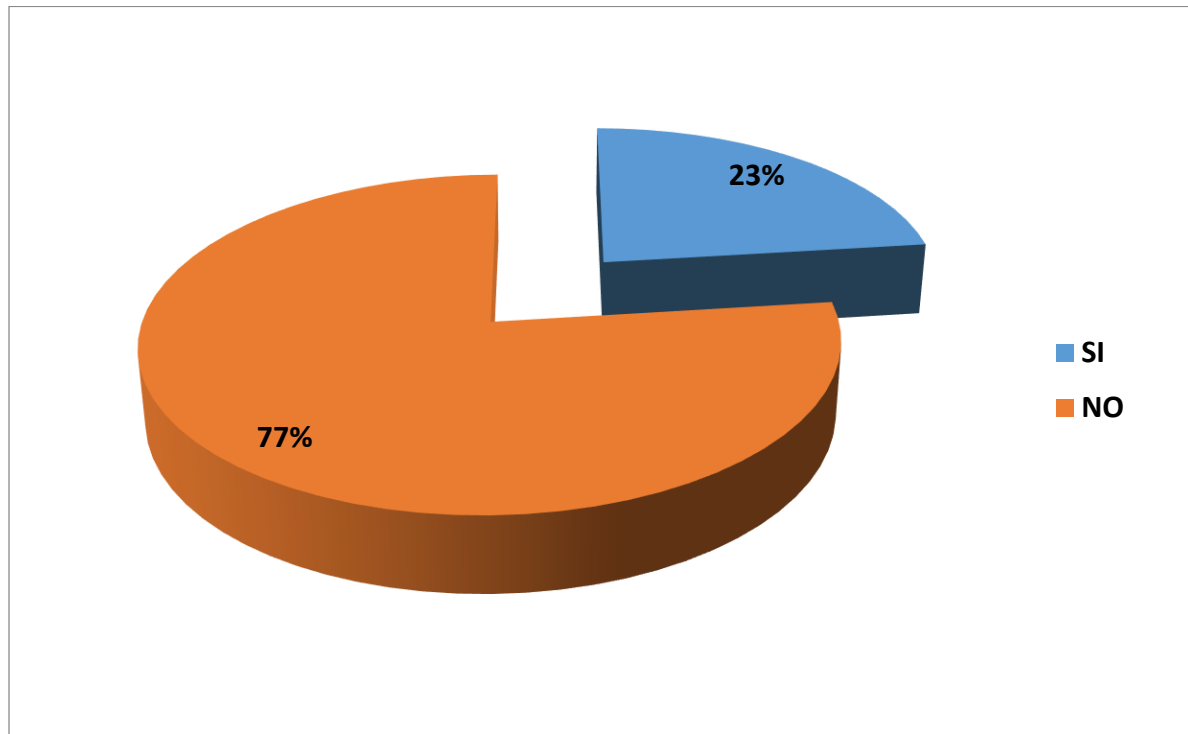


Figura 13. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que un 77% de personal del tratamiento técnico penitenciario del Establecimiento Penitenciario de Pícsi considera que el aumento de la pena por reincidencia no es el tratamiento más adecuado para disminuir la delincuencia y así proteger la ciudadanía y el 23% considera que si.

TABLA 14

LA AGRAVACIÓN DE LA PENA POR REINCIDENCIA ATENTA CONTRA LA FUNCIÓN RESOCIALIZADORA DE LA PENA

SI	NO
12	1

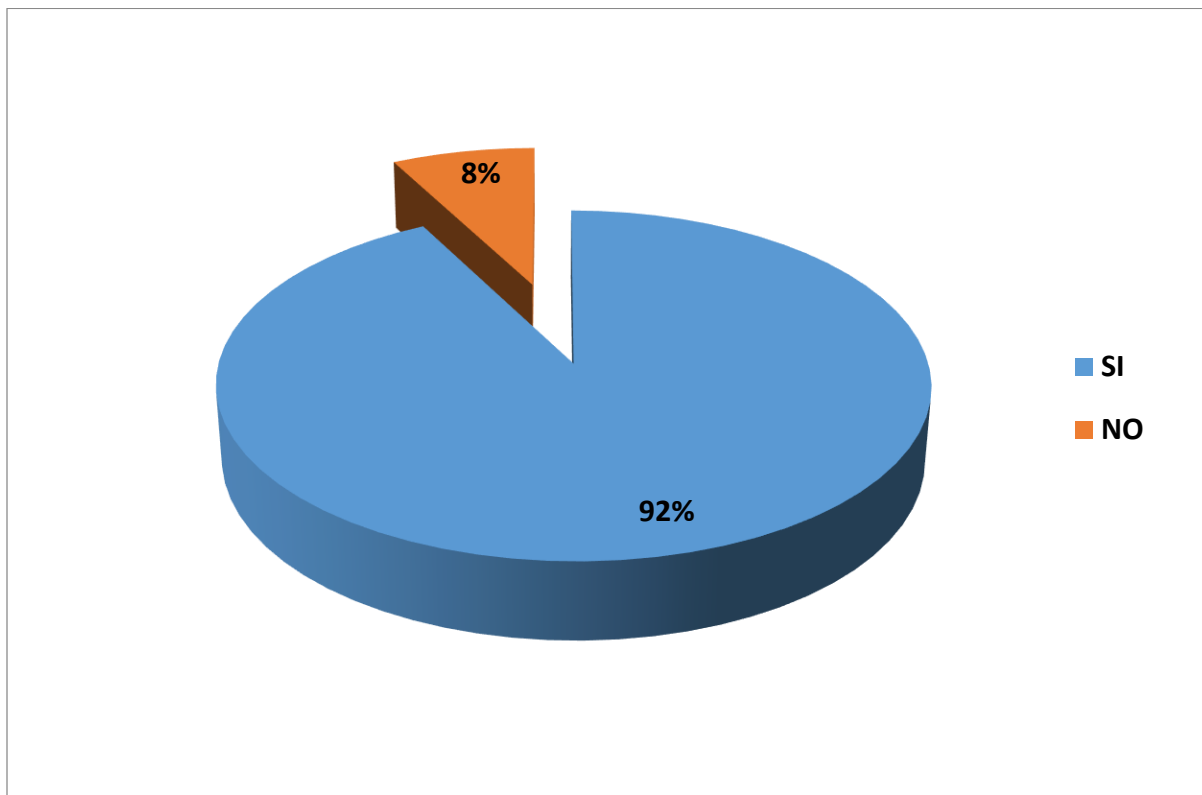


Figura 14. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que un 92% de personal del tratamiento técnico penitenciario del Establecimiento Penitenciario de Pícsi considera que si la agravación de la pena por reincidencia atenta contra la función resocializadora de la pena y un 8% considera que no.

TABLA 15

EL TRATAMIENTO RECIBIDO POR EL INTERNO ES EL MÁS ADECUADO

SI	NO	A VECES
3	4	6

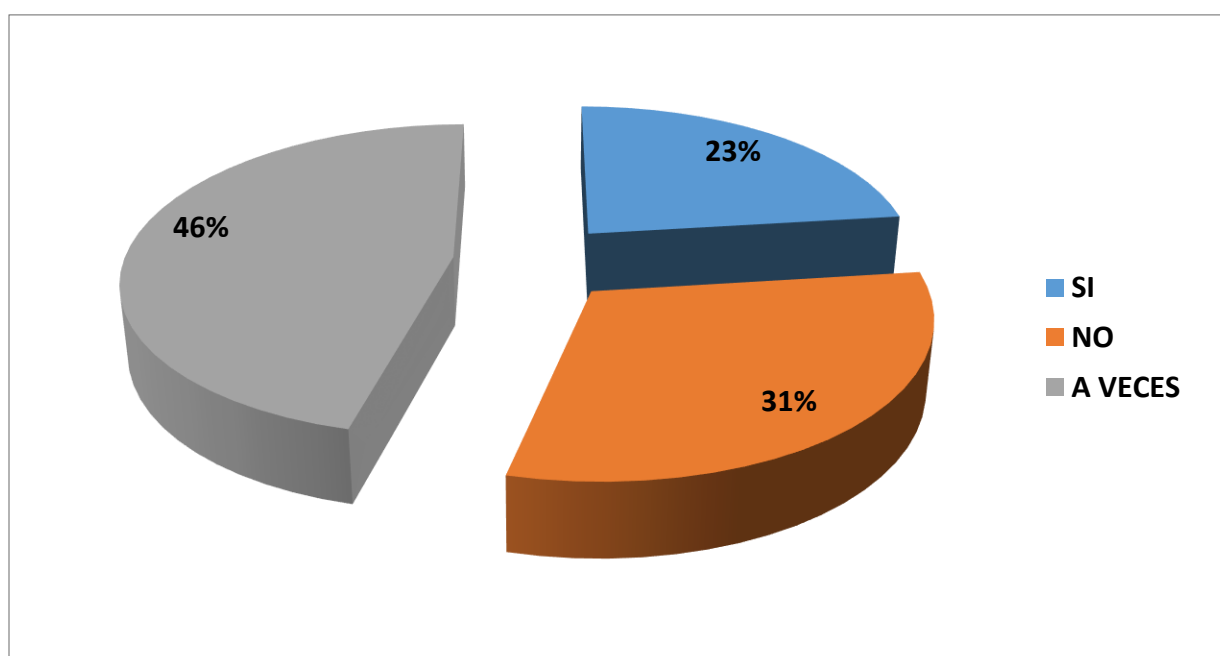


Figura 14. De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que un 46% de personal del tratamiento técnico penitenciario del Establecimiento Penitenciario de Pícsi considera que a veces el tratamiento recibido por el interno es el más adecuado, un 31% considera que no y un 23% considera que sí.

2.-ANALISIS

De la presentación e interpretación de los resultados podemos constatar lo siguiente:

1. Se entrevistaron a 9 jueces de los juzgados unipersonales de la Corte Superior de Justicia de la ciudad de Chiclayo, fueron escogidos por ser los encargados en juzgar e imponer las penas y a 13 empleados que forman parte del equipo que otorga tratamiento penitenciario con el fin de resocializar al interno en el Establecimiento Penitenciario de Picsi; se consideró a estos dos tipos de población para que de esta forma conozcamos la situación penitenciaria actual y si el aumento de la pena en casos de reincidencia vulnera los derechos fundamentales de la persona.
2. En la dimensión de los Jueces de los Juzgados Unipersonales, se evidencia en estar muy en desacuerdo que un aumento de las penas en casos de reincidencia vaya de esta forma reducir la delincuencia y la seguridad ciudadana, asimismo se evidencia un total desacuerdo de que el actual tratamiento penitenciario que reciben los internos en el Establecimiento Penitenciario de Picsi cumpla con los fines de la pena ya que estos vuelven a reincidir (Figura 1 y Figura 3). También se evidencia en encontrarse muy de acuerdo en que el aumento de la pena en casos de reincidencia atenta con los fines de la pena siendo los que se vulnera más la resocialización y rehabilitación, originando de esta forma una restricción de derechos en los procedimientos de ejecución (Figura 2, Figura 4 y Figura 5). Y por último se evidencia que los jueces se encuentran en total desacuerdo con el actual tratamiento penitenciario que recibe los internos considerando como una de las causas es la falta de personal capacitado para que de esta forma otorgue un tratamiento más personalizado (Figura 6).
3. En la dimensión sobre el personal del tratamiento técnico penitenciario del Establecimiento Penitenciario de Picsi, se evidencia en misma cantidad de personal aquellos que dan asistencia social y psicológica, siendo ellos los que otorgan consejería personalizada y evaluación psicológica, dicho personal evidencia que a veces el tiempo que el interno se encuentre en el Establecimiento Penitenciario no es el suficiente para resocializarse y al no ser el suficiente no recibe a veces un tratamiento muy adecuado (Figura 12 y Figura 15). Asimismo se evidencia por parte de dicho personal que un aumento de la pena no es el tratamiento más adecuado para disminuir la delincuencia ni mucho menos protegerlo lo que si consideran como un atentado contra la función resocializadora de la pena. (Figura 13 y Figura 14).

3.-DISCUSION

El sistema penitenciario es parte relevante de la administración de justicia por ser el último eslabón de la lucha contra la criminalidad en el país.

El gran problema social se representa que estos egresados de prisión se reincorporen a sus condiciones anteriores y habituales de la vida llevando consigo un nuevo bagaje de conocimientos criminales que ponen en práctica reincidiendo en el delito ya cometiendo uno de igual naturaleza al que lo llevo antes a prisión u otro más grave aún, demostrando así que esa pena ya pagada no ha cumplido con su cometido, es decir la pena no cumplió con su función resocializadora ya que el mismo reincidente aplica a partir de su egreso nuevo conocimientos y técnicas adquiridas en la cárcel para la comisión de nuevo delitos constituyendo un motivo de preocupación y la razón de esta investigación.

Para la evaluación de la reincidencia en la agravación de la pena atenta con el fin resocializador de la pena en el presente trabajo se establecieron dos categorías: para los jueces de los juzgados unipersonales (si consideraba que el aumento de la pena en caso de reincidencia atentaba con el fin de la pena); y al personal del equipo técnico del tratamiento penitenciario (si consideraba que el tratamiento penitenciario otorgado era el más adecuado).

Así mismo se obtuvo por parte de estas dos poblaciones, que la agravación de la pena en casos de reincidencia atenta con el fin resocializador de la pena, ya que de cumplirse la función preventiva general de pena no debería producirse la reincidencia, los ex internos que egresan de un penal no deberían volver a él por lo menos no en las cantidades significativas con las que se produce actualmente. Se ha constatado en investigaciones realizadas por el Instituto de Investigaciones Criminológica y Penitenciaria que el nivel de reincidencia en los penales de Cuzco, Lurigancho, Sarita Colonia en donde la cifra del control de reingresos se encuentra en una nivel del 40% y que con el paso de los años llega a niveles que duplica este porcentaje, lo que significaría que un aumento de la pena en casos de reincidencia no es la solución sino buscar la eficacia del tratamiento penitenciaria, tratamiento que debería contar con todas las asesorías de forma completa y personalizada para que de esta forma busquen resocializar al interno y para ello también se debe contar con el buen numero de cantidad que conforma este equipo ya que tal cantidad de personal no es suficiente ante tanta cantidad de internos.

CONCLUSIONES

- En conclusión la figura de la reincidencia en la agravación de la pena atenta con el fin resocializador de la pena desde todo punto de vista jurídico y social, así como evidencia que el sistema de endurecimiento de penas postulado por el Estado no es una política de seguridad ciudadana eficaz; sino por el contrario ha generado problemas de hacinamiento en los centros penitenciarios, los cuales no se dan abasto para sostener por períodos mucho más prolongados a una cantidad excesiva de reos, evidenciándose con esto que dicha política jurídico penal es ineficaz, que no hacen más que incrementar las penas y generar problemas carcelarios.
- El empleo del aumento de las sanciones penales por reincidencia vulnera principios constitucionales, desfavoreciendo el desarrollo de un Sistema Penal más justo y eficiente, que solo se limitan a endurecer penas sin miramientos del sistema constitucional evidentemente trasgredido.
- En síntesis el Estado cuenta, aún hoy, con recursos suficientes para analizar los orígenes de la reincidencia, depende de él adquirir valiosa información sobre la reincidencia y sus causas; la forma en la que el Estado encara la reincidencia no es la que pretende evitarla, sino la que pretende reprimirla, opción a priori más barata pero siempre menos legítima; sin embargo, aun asumiendo la posibilidad de que la agravación por reincidencia produjera algún tipo de efecto disuasorio, es responsabilidad del Estado, y éste no puede hacer dejación de la misma, reducir los niveles de reincidencia (y de delincuencia en general) de la manera menos gravosa para las libertades que él mismo defiende
- En la actualidad los programas del tratamiento penitenciario si cumple con los fines de la pena, pero se debe tener conocimiento de otros programas empleados en países como Francia, Reino Unido, EE.UU. y Chile, el trabajo como elemento de reformación del interno y de auto sostenibilidad de las cárceles otorgadas en concesión ha sido la directriz de la inversión privada en el sistema penitenciario, en este marco, existen varios esquemas que, adaptados a la realidad de cada nación, varían en cuanto a la participación privada en el financiamiento y administración de cárceles.

RECOMENDACIONES

- El personal penitenciario encargado del tratamiento resocializador no solo debe ser adecuadamente seleccionado y preparado para realizar su labor, también debe ser en proporcional a la cantidad de internos que existan en el Establecimiento Penitenciario para que de esta forma reciban una ayuda personalizada, los principales profesionales son el sociólogo y el psicólogo ya que juegan un rol importante en la modificación conductual, los demás profesionales juegan un rol de cooperación y ayuda en el proceso.
- Sugiero implementar programas y planes con las empresas privadas a efectos que estas ofrezcan trabajo a aquellos internos que están por salir del penal para que de esta forma no vuelvan a la vida delictiva que tenían ni mucho menos tenga la excusa que al no conseguir trabajo vuelven a delinquir.
- También propongo implementar donde sea posible un adecuado seguimiento al ex condenado y establecer mecanismo de medición de los resultados del trabajo penitenciario que permita corregir métodos y estilos de trabajo que lo hagan cada vez más eficiente y eficaz.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Benavente, H. (2011). *Reincidencia y habitualidad en el Procesal Penal Peruano*. Gaceta Jurídica, 1-Edición, Lima-Perú, Mayo 2011.
- Bramont, L. (2001). *Código Penal anotado*. San Marcos, 4°Edición, Lima.
- Castillo, J. (2004). *Código Penal Comentado*. Gaceta Jurídica, 1° Edición, Lima-Perú.
- García, P. (2008). *Lecciones del Derecho Penal*. Editorial Grijley, Lima-Perú.
- López Barja De Quiroga, J. (2004). *Derecho General*-Tomo III, Gaceta Jurídica, Perú.
- Peña, R. (1997). *Tratado de derecho Penal*, Editorial Grijley, 3° Edición, Perú.
- Quinteros, G. (2004). *Manual de Derecho Penal*-Parte General, Aranzadi a Thomson Company, 3° Edición.
- Zaffaroni, E. (1998). *Manual de Derecho Penal*- Parte General Tomo I, Ediciones Jurídicas.
- Suárez, C. *Manual de Derecho Penal*-Tomo I, Parte General, Thomson-Civitas, 3° Edición.
- Urtecho, A. (2010). *La Reincidencia en el Código Penal: Una reiterada búsqueda por la satisfacción de la seguridad ciudadana*; Gaceta Penal y Procesal Penal N° 15.
- VILLA, J. (2008). *Derecho Penal* - Parte General, Editorial Grijley, 3° Edición, Perú.
- Derecho Y Cambio Social. Reincidencia y ne bis in ídem (La Inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° de la ley N° 28726). Christian Fernando Tantaleán Odar. Obtenido en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista009/reincidencia.htm>
- Reincidencia. Obtenido en: <http://derecho.laguia2000.com/derecho-penal/reincidencia>

Area Del Derecho Penal Y Penitenciario. La reincidencia a la luz de las recientes modificaciones del Código Penal. Rafael Chanján. Obtenido en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/72289/la-reincidencia-a-la-luz-de-las-recientes-modificaciones-del-codigo-penal-por-rafael-chanjan-documet>

La Reincidencia Y Habitualidad Desde Un Análisis De Lasentencia Del Tribunal Constitucional. Dra. Magda Victoria AttoMendives. Obtenido en:<http://asociacionjusticiayderechouigv.blogspot.com/2010/02/la-reincidencia-y-habitualidad-desde-un.html>

Inc0nstituci0nalidad De La Pena Accesorio De Reclusi3n Por Tiempo Indeterminado Y De La Reincidencia Simple. ¿Es El Final De La Peligrosidad? Héctor Osvaldo Buscaya y Alejandro Martín Fillia. Obtenido en: <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/reclusion.htm>

Neopanopticum-Artículos de Derecho y Ciencias Sociales. Reincidencia. E Zaffaroni. Obtenido en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/12/reincidencia-e-zaffaroni/>

Noticias Jurídicas- Artículos Doctrinales: Derecho Penal. La reincidencia en la doctrina española actual. Obtenido en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200010-00000004.html>

La Reincidencia Contamina El Derecho Penal Constitucional. Gustavo L. Vitale. Obtenido en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/19042007/vitale.pdf>

Derecho Penal. La reincidencia en el código penal español: una mirada al controvertido modelo norteamericano. María Asunción Chazarra Quinto. Obtenido en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,427,0,0,1,0>

Los Fines De La Pena Y Las Medidas De Seguridad. Obtenido en: <http://www.monografias.com/trabajos13/fines/fines.shtml>

Ley N° 28726, del 09 de mayo de 2006.

ANEXOS

CUESTIONARIO PARA JUECES PENALES DE CHICLAYO

1. **¿Considera Ud. que el empleo del aumento de las sanciones penales por reincidencia reduce la delincuencia y protege la seguridad ciudadana?**
 - Muy de acuerdo
 - De acuerdo
 - En desacuerdo
 - Muy en desacuerdo

2. **¿Considera Ud. que la figura de la reincidencia en la agravación de la pena atenta contra los fines de la pena?**
 - Muy de acuerdo
 - De acuerdo
 - En desacuerdo
 - Muy en desacuerdo

3. **¿Considera Ud. que el tratamiento penitenciario cumple con la finalidad de la pena?**
 - Muy de acuerdo
 - De acuerdo
 - En desacuerdo
 - Muy en desacuerdo

4. **¿Considera Ud. que existe restricciones a derechos en los procedimientos de ejecución de condenar por ser reincidente?**
 - Muy de acuerdo
 - De acuerdo
 - En desacuerdo
 - Muy en desacuerdo

5. ¿Considera Ud. que el aumento de las sanciones penales por reincidencia atenta contra las medidas de resocialización y rehabilitación?

Muy de acuerdo

De acuerdo

En desacuerdo

Muy en desacuerdo

6. ¿Considera Ud. que se debe contratar más profesionales especializados en tratamiento penitenciario que se dediquen completamente y más tiempo para cada interno?

Muy de acuerdo

De acuerdo

En desacuerdo

Muy en desacuerdo

ENCUESTA A PERSONAL DE TRATAMIENTO TECNICO PENITENCIARIO

1. **Sexo**
F () M ()
2. **Edad**
18-21 años () 22-30 años () 31-40 años ()
41-50 años () 51 a 60 ()
3. **Ocupación**
Abogado () Asistente Social () Otros ()
Psicólogo ()
4. **Tiempo que se encuentra laborando dentro del Establecimiento Penitenciario de Picsi de la ciudad de Chiclayo.**
1-5 años () 6-10 años () 11-15 años () 16-20 años () 21-30 años ()
5. **Que funciones realiza dentro del Establecimiento Penitenciario de Picsi, y de qué forma ayuda al tratamiento del interno**
Asistencia Legal () Asistencia Social () Trabajo ()
Asistencia Psicológica ()
¿De qué forma?:
.....
.....
.....
6. **Cree UD. que el sentenciado en el tiempo en que se encuentra internado en un Establecimiento Penitenciario cumple con resocializarse.**
Si () No () A veces ()
7. **¿Cree UD. que el aumento de la pena por reincidencia es el tratamiento más adecuado para disminuir la delincuencia y así proteger la ciudadanía?**
Si () No ()
8. **¿Cree UD. que la agravación de la pena por reincidencia atenta contra la función resocializadora de la pena?**
Si () No ()
9. **¿Cuál cree UD. que el tratamiento recibido por el interno es el más adecuado?**
Si () No () A veces ()