



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUÍZ GALLO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO

CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

La reincidencia en relación a la función preventiva de la pena, de acuerdo a la experiencia judicial en la provincia de Chiclayo durante los años 2014 y 2015

TESIS

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

AUTOR:

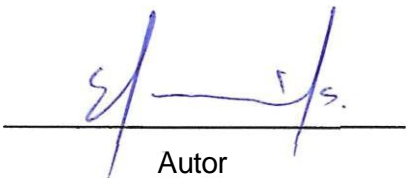
Abog. Edson del Carmen Saucedo Ramos

ASESOR:

Mg. Carlos Manuel Cevallos de Barrenechea

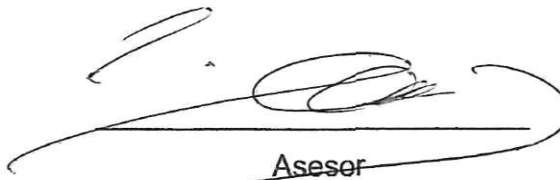
Lambayeque, 30 de octubre de 2018

**La reincidencia en relación a la función preventiva de la pena, de
acuerdo a la experiencia judicial en la provincia de Chiclayo durante los
años 2014 y 2015**



Autor

Edson del Carmen Saucedo Ramos

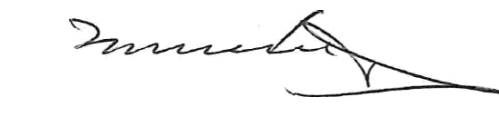


Asesor

Carlos Manuel Cevallos de Barrenechea


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

APROBADO POR:



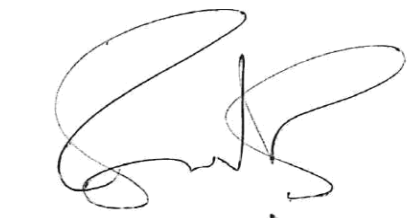
Presidente

José María Balcazar Zelada



Secretario

Amador Mondoñedo Valle



Vocal

Freddy Widmar Hernández Rengifo

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

181

Siendo las 7 pm horas del día Veinti de octubre del año Dos Mil dieciocho, en la Sala de Sustentaciones de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, se reunieron los miembros del jurado, designados mediante Resolución N° 280-2017-EPG de fecha 20 marzo 2017, conformado por:

Dr. José María Balcarán Zelada PRESIDENTE (A)
Dr. Amador Mondragón Valle SECRETARIO (A)
Dr. Freddy Widmar Hernández Riqui VOCAL
ASESOR (A)

con la finalidad de evaluar la tesis titulada "La Reinserción en la Círculo a la función pública General de la PNP, de acuerdo al la experiencia judicial de la PNP de Chulayo durante los años 2014 - 2015"

presentado por el (la) tesista EDSON DEL CARMEN SAUCELO RAMOS, sustentación que es autorizada mediante Resolución N° 2161-2018-EPG de fecha 22 de octubre de 2018

El Presidente del jurado autorizó el inicio del acto académico y después de la sustentación, los señores miembros del jurado formularon las observaciones y preguntas correspondientes, las mismas que fueron absueltas por el (la) sustentante, quien obtuvo Noventa puntos que equivale al calificativo de Muy Bueno

En consecuencia el (la) sustentante queda apto (a) para obtener el Grado Académico de Magíster en Derecho con especialidad en Ciencias Penales

Siendo las 8:30 pm horas del mismo día, se da por concluido el acto académico, firmando la presente acta.

[Firma]
 PRESIDENTE

[Firma]
 SECRETARIO

[Firma]
 VOCAL

[Firma]
 ASESOR

Carla Marcel Escobedo de Damatechea
asesor

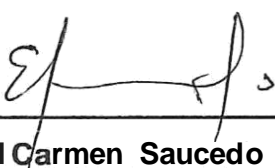


CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

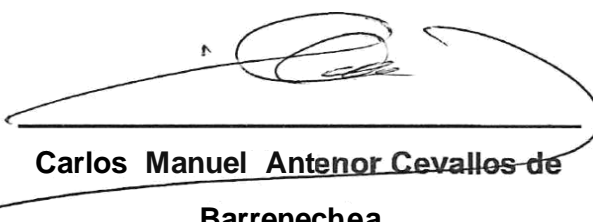
Yo, Mg. Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea, asesor de tesis del abogado Edson del Carmen Saucedo Ramos, titulada, ***La reincidencia en relación a la función preventiva de la pena, de acuerdo a la experiencia judicial en la provincia de Chiclayo durante los años 2014 y 2015***, luego de la revisión exhaustiva del documento, constato que la misma tiene un índice de similitud de 8 % verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo.

Lambayeque, 17 de enero de 2024.



Edson del Carmen Saucedo Ramos
Autor



Carlos Manuel Antenor Cevallos de Barrenechea
Asesor

LA REINCIDENCIA EN RELACIÓN A LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA PENA, DE ACUERDO A LA EXPERIENCIA JUDICIAL EN LA PROVINCIA DE CHICLAYO DURANTE LOS AÑOS 2014 Y 2015

INFORME DE ORIGINALIDAD

8%

INDICE DE SIMILITUD

8%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

1%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

hdl.handle.net

Fuente de Internet

2%

2

qdoc.tips

Fuente de Internet

1%

3

repositorio.unprg.edu.pe

Fuente de Internet

1%

4

idoc.pub

Fuente de Internet

<1%

5

www.tdx.cat

Fuente de Internet

<1%

6

cybertesis.unmsm.edu.pe

Fuente de Internet

<1%

7

repositorio.unfv.edu.pe

Fuente de Internet

<1%

8

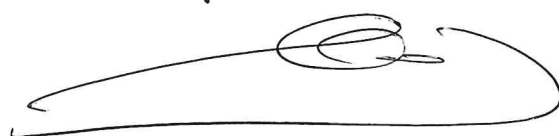
tesis.ucsm.edu.pe

Fuente de Internet

<1%



9	vsip.info Fuente de Internet	<1 %
10	repositorio.umsa.bo Fuente de Internet	<1 %
11	moam.info Fuente de Internet	<1 %
12	pt.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
13	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
14	www.inpe.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
15	core.ac.uk Fuente de Internet	<1 %
16	documents.mx Fuente de Internet	<1 %
17	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
18	1library.co Fuente de Internet	<1 %
19	siep.inpe.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
20	docplayer.es Fuente de Internet	<1 %



21	docslide.us Fuente de Internet	<1 %
22	repositorio.unc.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
23	archive.org Fuente de Internet	<1 %
24	edictos.organojudicial.gob.bo Fuente de Internet	<1 %
25	repositorio.unsa.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
26	www.researchgate.net Fuente de Internet	<1 %
27	repositorio.unasam.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
28	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 32 (2016)", Brill, 2018 Publicación	<1 %
29	Submitted to Universidad Continental Trabajo del estudiante	<1 %
30	repositorio.unan.edu.ni Fuente de Internet	<1 %
31	www.pdhumanos.org Fuente de Internet	<1 %

32	dspace.unl.edu.ec Fuente de Internet	<1 %
33	fr.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
34	repositorio.uancv.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
35	Submitted to Universidad Andina Nestor Caceres Velasquez Trabajo del estudiante	<1 %
36	inba.info Fuente de Internet	<1 %
37	issuu.com Fuente de Internet	<1 %
38	repositorio.unjbg.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
39	vbook.pub Fuente de Internet	<1 %
40	Huayllani Vargas, Huber. "El delito previo en el delito de lavado de activos.", Pontificia Universidad Catolica del Peru - CENTRUM Catolica (Peru), 2021 Publicación	<1 %
41	repositorio.caen.edu.pe Fuente de Internet	<1 %

www.medigraphic.com



42

Fuente de Internet

<1 %

43

"Inter-American Yearbook on Human Rights /
Anuario Interamericano de Derechos
Humanos, Volume 29 (2013)", Brill, 2016
Publicación

<1 %

44

oreguardia.com.pe

Fuente de Internet

<1 %

45

pinedairibarrenasoc.com.ar

Fuente de Internet

<1 %

46

repositorio.unheval.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

47

es.scribd.com

Fuente de Internet

<1 %

48

www.inei.gob.pe

Fuente de Internet

<1 %

49

Ampelio Mendoza Garay.
"Inconstitucionalidad de la reincidencia como
circunstancia cualificada agravante de la
pena", Revista de la Facultad de Derecho de
México, 2018
Publicación

<1 %

50

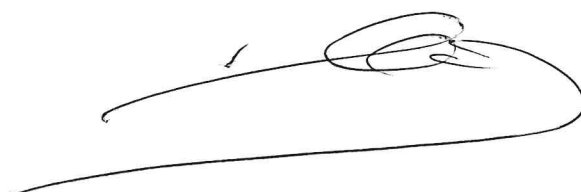
repositorio.usmp.edu.pe

Fuente de Internet

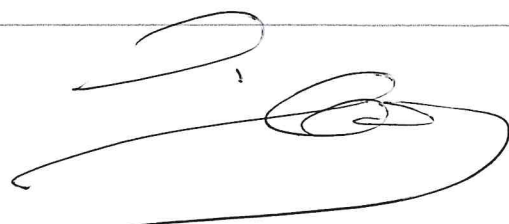
<1 %



51	Juan José Peña Cuervo, Diego Fernando Tarapués Sandino. "DIGNIDAD HUMANA, REINCIDENCIA Y RESOCIALIZACIÓN EN COLOMBIA", Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2022 Publicación	<1 %
52	Submitted to Universidad Carlos III de Madrid Trabajo del estudiante	<1 %
53	Submitted to Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga Trabajo del estudiante	<1 %
54	dspace.unitru.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
55	kupdf.net Fuente de Internet	<1 %
56	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
57	www.minjus.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
58	Submitted to Universidad de Burgos UBUCEV Trabajo del estudiante	<1 %
59	idus.us.es Fuente de Internet	<1 %
60	lex.uh.cu Fuente de Internet	<1 %



61	repository.unilibre.edu.co Fuente de Internet	<1 %
62	webinei.inei.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
63	Submitted to usmp Trabajo del estudiante	<1 %
64	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Trabajo del estudiante	<1 %
65	Submitted to Universidad Catolica Los Angeles de Chimbote Trabajo del estudiante	<1 %
66	dspace.ucuenca.edu.ec Fuente de Internet	<1 %
67	repositorio.uasb.edu.ec Fuente de Internet	<1 %
68	www.defensoria.jusbaires.gov.ar Fuente de Internet	<1 %
69	www.mpf.gov.ar Fuente de Internet	<1 %
70	Submitted to Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo Trabajo del estudiante	<1 %
71	dokumen.site Fuente de Internet	<1 %



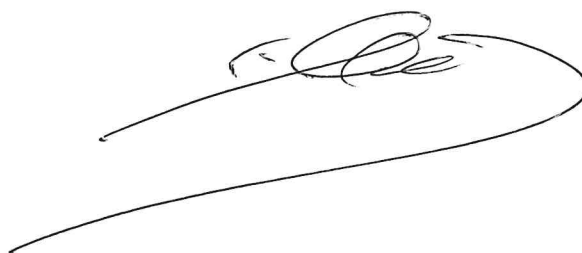
Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 15 words

Excluir bibliografía

Activo

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long, sweeping underline.



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por **Turnitin**. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega:	Edson Del Carmen Saucedo Ramos
Título del ejercicio:	Quick Submit
Título de la entrega:	LA REINCIDENCIA EN RELACIÓN A LA FUNCIÓN PREVENTIVA ...
Nombre del archivo:	TESIS_MAESTRIA_-_EDSON_SAUCEDO_RAMOS_1.docx
Tamaño del archivo:	621.67K
Total páginas:	183
Total de palabras:	51,462
Total de caracteres:	283,179
Fecha de entrega:	09-ene.-2024 11:48p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entre...	2268718938



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO
CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

La reincidencia en relación a la función preventiva de la pena, de acuerdo a la experiencia judicial en la provincia de Chiclayo durante los años 2014 y 2015

TESIS

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

AUTOR:

Abog. Edson del Carmen Saucedo Ramos

ASESOR:

Mg. Carlos Manuel Cevallos de Barrenechea

Lambayeque, 30 de octubre de 2018

DEDICATORIA

A mis padres por haberme educado y apoyado constantemente.

A mis hijos y mi esposa por ser el motivo que me inspiran a continuar este camino de estudio y superación.

AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento especial a mi asesor por su constante orientación y a todas las instituciones que me facilitaron y proporcionaron la información utilizada para la elaboración de la presente tesis.

INDICE

RESUMEN.....	11
ABSTRACT.....	12
INTRODUCCIÓN.....	13

CAPITULO I

ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	15
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	16
3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	17
3.1. PROBLEMA PRINCIPAL.....	17
3.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS.....	17
4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	18
4.1. JUSTIFICACION.....	18
4.2. IMPORTANCIA.....	19
5. OBJETIVOS.....	19
5.1. OBJETIVO GENERAL.....	19
5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	19
6. HIPOTESIS.....	20
7. VARIABLES.....	20

CAPITULO II

MARCO TEORICO

SECCIÓN I

LA REINCIDENCIA Y SUS ALCANCES

1. ETIMOLOGÍA.....	22
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	22
3. CONCEPTO.....	23
4. CLASES DE REINCIDENCIA.....	25
5. TEORÍAS DE LA REINCIDENCIA.....	26
5.1. LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE.....	26

5.1.1. PRIMERA PENA IMPUESTA FUE INSUFICIENTE.....	27
5.1.2. PELIGROSIDAD DEL AGENTE.....	31
5.1.3. AUMENTO DE CULPABILIDAD.....	32
5.1.4. DOBLE LESIÓN.....	33
5.1.5. EXPRESIÓN DE UN MAYOR INJUSTO.....	34
5.2. LA REINCIDENCIA COMO ATENUANTE.....	34
6. RÉGIMEN LEGAL DE LA REINCIDENCIA EN EL PERÚ.....	36
6.1. LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE EN EL PERÚ.....	36
6.2. DE SU INCORPORACIÓN EN EL SISTEMA PENAL PERUANO.....	37
6.3. DE SU REGULACIÓN ACTUAL.....	41
6.4. DE SU DESARROLLO POR EL ACUERDO PLENARIO N° 1 -2008/CJ-116..	44
6.5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS Y SU RELACIÓN CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL EXPEDIENTE N° 0014-2006-PI/TC-LIMA.....	48
6.5.1. REINCIDENCIA Y EL PRINCIPIO NE BIS IN ÍDEM.....	49
a. Contenido del principio en bis in ídem.....	49
b. Postura del Tribunal Constitucional y postura personal.....	50
6.5.2. REINCIDENCIA Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.....	53
a. Contenido del principio de culpabilidad.....	54
b. Postura del Tribunal Constitucional y postura personal.....	54
6.5.3. REINCIDENCIA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	59
a. Contenido del principio de proporcionalidad.....	59
b. Postura del Tribunal Constitucional y postura personal.....	61
6.6. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: UNA ALTERNATIVA A LA CONSTITUCIONALIDAD DECLARADA POR EL TC.....	65

SECCION II

POLITICA CRIMINAL Y REINCIDENCIA

1. DEFINICIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL.....	70
2. ASPECTO CRIMINOLÓGICO DE LA REINCIDENCIA.....	71
2.1. CAUSAS INTERNAS DEL INDIVIDUO.....	72
2.2. CAUSAS SOCIALES.....	73

2.2.1. LA DESINTEGRACIÓN FAMILIAR Y EL ABANDONO MORAL.....	73
2.2.2. LA EDUCACIÓN, PÉRDIDA DE VALORES Y HABILIDADES SOCIALES.....	74
2.2.3. EL GRUPO SOCIAL.....	75
2.3. CAUSAS ECONÓMICAS.....	75
3. LA ANORMALIDAD DEL REINCIDENTE EN EL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO.....	76
3.1. EL CRIMINAL NATO, EL HABITUAL Y EL REINCIDENTE EN LA DOCTRINA DE FERRI.....	76
3.2. EL CRIMINAL TÍPICO Y LOS REINCIDENTES EN LA DOCTRINA DE GARÓFALO.....	78
3.3. LOS REINCIDENTES Y HABITUALES EN LA DOCTRINA DE CESAR LOMBROSO.....	79
4. FUNCIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	80
5. FINALIDAD DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	81
6. DECISIONES DE POLÍTICA CRIMINAL.....	82
7. MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL.....	83
7.1. MODELO PENAL GARANTISTA.....	83
7.2. MODELO PENAL RESOCIALIZADOR O MODELO DE CORRECCIONALISMO TECNOCRÁTICO DEL ESTADO DE BIENESTAR..	84
7.3. MODELO PENAL DE POPULISMO PUNITIVO, SEGURIDAD CIUDADANA, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO O SECURITIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	85
7.3.1. POPULISMO PUNITIVO.....	85
7.3.2. SEGURIDAD CIUDADANA.....	86
a. La seguridad ciudadana como bien jurídico en la concepción del TC...	86
b. La seguridad ciudadana como modelo de política criminal.....	87
7.3.3. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: REINCIDENTES COMO ENEMIGOS EN EL DERECHO PENAL.....	90
7.3.4. ENDURECIMIENTO O SECURITIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	92
7.3.5. POSIBLES ALTERNATIVAS A LA SECURITIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	93

SECCION III
DE LA PENA Y SUS FINES

1. TEORIA DE LA PENA.....	95
2. TIPOS DE TEORÍAS DE LA PENA.....	95
2.1. TEORÍA ABSOLUTA DE LA PENA.....	95
2.1.1. CONCEPCIÓN DE LA TEORÍA ABSOLUTA.....	96
2.1.2. CRÍTICAS A LA TEORÍA ABSOLUTA.....	96
2.2. TEORÍAS RELATIVAS O PREVENTIVAS.....	97
2.2.1. PREVENCIÓN GENERAL.....	98
a. Prevención general negativa o intimidatoria.....	98
b. Prevención general positiva o integradora.....	100
2.2.2. PREVENCIÓN ESPECIAL O INDIVIDUAL.....	100
a. Prevención especial negativa o neutralizante.....	101
b. Prevención especial positiva o resocializadora.....	102
2.3. TEORÍAS MIXTAS O DE LA UNIÓN.....	103
2.3.1. LA TEORÍA DIALÉCTICA DE LA UNIÓN (ROXIN).....	103
3. LA TEORÍA DE LA PENA QUE ADOPTA EL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991.....	103
3.1. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL.....	104
3.2. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA O RESOCIALIZADORA.....	105

SECCION IV

LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN EL PERÚ

1. DEFINICIÓN DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	106
2. OBJETIVO DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	107
3. BASES LEGALES DEL SISTEMA PENITENCIARIO PERUANO.....	109
4. TIPOS DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	109
4.1. TRABAJO PENITENCIARIO.....	110

4.1.1.	EL TRABAJO COMO TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	110
4.1.2.	PROBLEMÁTICA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO NACIONAL....	111
4.2.	EDUCACIÓN EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.....	112
4.2.1.	LA EDUCACIÓN COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	112
4.2.2.	DEFICIENCIAS EN LA EDUCACIÓN COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	113
4.3.	TRATAMIENTO PSICOLÓGICO.....	115
4.3.1.	LA ASISTENCIA PSICOLÓGICA COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	115
4.3.2.	PROBLEMÁTICA EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENALES.....	116
4.4.	ASISTENCIA SOCIAL.....	116
4.4.1.	LA ASISTENCIA SOCIAL COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	117
4.4.2.	DEFICIENCIAS EN SU APLICACIÓN DE LA ASISTENCIA SOCIAL..	118
4.5.	ASISTENCIA LEGAL.....	118
4.5.1.	LA ASISTENCIA LEGAL COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	118
4.5.2.	DEFICIENCIAS EN LA ASISTENCIA LEGAL.....	119
4.6.	ASISTENCIA EN SALUD.....	119
4.6.1.	LA ASISTENCIA EN SALUD COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	120
4.6.2.	DEFICIENCIAS EN LA ATENCION A LA SALUD PENITENCIARIA..	120
4.7.	ASISTENCIA RELIGIOSA.....	122
5.	CRISIS DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	123
5.1.	CAPACIDAD DE ALBERGUE, SOBREPOBLACIÓN Y HACINAMIENTO.....	123
5.2.	PRIMARIOS Y REINGRESANTES EN LAS ESTADÍSTICAS DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO – INPE: PERIODO 2014-2105.....	124
5.2.1.	REINGRESANTE, REINCIDENTE Y HABITUAL: PERIODO 2014- 2015.....	125
5.2.2.	REINGRESANTES POR DELITOS ESPECÍFICOS: PERIODO 2014- 2015.....	128
6.	LOS RESULTADOS DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN EL PERÚ.....	131

6.1. EL FRACASO DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO PARA ALCANZAR EL FIN PREVENTIVO ESPECIAL DE LA PENA.....	131
6.2. UNA ALTERNATIVA PARA LA EJECUCIÓN DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO.....	133

CAPITULO III

MARCO METODOLOGICO

1. DISEÑO DE CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS.....	133
2. POBLACION Y MUESTRA.....	133
3. ANALISIS DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	134
3.1. SOBRE LA REINCIDENCIA EN RELACION A LA FUNCION PREVENTIVA GENERAL INTIMIDATORIA.....	134
3.2. SOBRE LA REINCIDENCIA EN RELACION A LA FUNCION PREVENTIVA ESPECIAL RESOCIALIZADORA.....	145
3.3. SOBRE LOS EFECTOS DE LA INCORPORACION DE LA REINCIDENCIA EN RELACION A LOS INDICES DE REITERACION DELICTIVA.....	156
3.3.1. ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LAS SENTENCIAS POR REINCIDENCIA EMITIDAS POR LOS DOS JUZGADOS PENALES COLEGIADO DE CHICLAYO: 2014-2015.....	159
CONCLUSIONES.....	166
RECOMENDACIONES.....	170
BIBLIOGRAFÍA.....	173
ANEXOS	

RESUMEN

La institución de la reincidencia como agravante penal fue introducida en el año 2006, como parte del arquetipo de política criminal estatal de seguridad ciudadana adoptada por el legislador.

En el presente trabajo se plantea como problemática y a la vez como objetivo, encontrar si la incorporación de la reincidencia como agravante penal ha contribuido a cumplir el propósito preventivo general y especial de la pena para reducir los índices de reiteración delictiva. Pues la finalidad del legislador con su incorporación, era que amenazándole con una pena más grave a quien ha cumplido una pena por un delito previo evitaría que vuelva a delinquir, y también considera que aquellos que han vuelto a delinquir evidencia que la pena anterior no ha sido la suficiente para reeducarlo, rehabilitarlo y resocializarlo, por lo que es necesario castigarlo con mayor dureza para alcanzar dicho fin de la pena.

Para lograr el fin de la presente investigación he desarrollado el marco teórico abarcado todas las variables conceptuales del problema, y lo he contrastado con los hallazgos obtenidos de las encuestas efectuadas a internos sentenciados como reincidentes y con los descubrimientos obtenidos después de escudriñar las sentencias impuestas por reincidencia por los dos Juzgados Penales Colegiados de Chiclayo en los años 2014 y 2015.

Palabras clave: Reincidencia, Agravante Penal, Política Criminal, Fin de la Pena.

ABSTRACT

The institution of recidivism as a criminal aggravating circumstance was introduced in 2006, as part of the archetype of state criminal policy of citizen security adopted by the legislator.

In this work, it is proposed as a problem and at the same time an objective, to find out if the incorporation of recidivism as a criminal aggravating circumstance has contributed to fulfilling the general and special preventive purpose of the penalty to reduce the rates of criminal repetition. Well, the purpose of the legislator with its incorporation was that by threatening a more serious penalty to someone who has served a sentence for a previous crime, it would prevent him from committing a crime again, and he also considers that those who have committed a crime again show that the previous sentence has not been sufficient to re-educate, rehabilitate and re-socialize him, so it is necessary to punish him more harshly to achieve said end of the sentence.

To achieve the purpose of this research, I have developed the theoretical framework covering all the conceptual variables of the problem, and I have contrasted it with the findings obtained from the surveys carried out on inmates sentenced as repeat offenders and with the discoveries obtained after scrutinizing the sentences imposed by recidivism by the two Collegiate Criminal Courts of Chiclayo in the years 2014 and 2015.

Keywords: Recidivism, Criminal Aggravation, Criminal Policy, End of Sentence.

INTRODUCCIÓN

En esta investigación se desarrollará la institución de la reincidencia y su relación con la función preventiva de la pena, de acuerdo a la experiencia judicial en la provincia de Chiclayo durante los años 2014 y 2015. La iniciativa al estudio del presente tema se originó por encontrar una explicación al porqué nuestro legislador incorporó la reincidencia como agravante si los creadores del nuestro Código Penal de 1991 decidieron proscribir toda regulación de la reincidencia como agravante teniendo en cuenta que dicha institución ya había estado en nuestra experiencia con el Código Penal anterior de 1924. En síntesis, busco evidenciar si el modelo de política criminal que está adoptando nuestro legislador actual es aquella correcta para enfrentar aquel problema mediatizado de la inseguridad ciudadana.

El objetivo que se ambiciona alcanzar con esta investigación, es evidenciar si la agravación de la pena al reincidente contribuye a alcanzar los propósitos preventivos de la pena, es decir prevenir la reiteración del delito; ya sea desde una perspectiva de prevención general, es decir a través de un mensaje de intimidación como medio para hacer desistir a quien pretende volver a delinquir; o desde una perspectiva de prevención especial, es decir de la necesidad de imponer una pena más grave para lograr resocializar a quien ha vuelto a delinquir, ya que la obstinación en el delito sería evidencia que la pena anterior no ha sido la suficiente para resocializarlo; para en base a ello determinar si se ha contribuido o no a reducir los índices de reiteración criminal; de manera indirecta también determinar si existe colisión de dicha institución con principios convencionales; para finalmente determinar si la decisión política criminal de nuestro buen legislador actual es la correcta para enfrentar al ya mencionado problema de la inseguridad ciudadana.

Para lograr el objetivo antes referido, el presente trabajo se ha dividido en capítulos; el primero dedicado a todos los aspectos de la problemática que justifican el desarrollo de la presente tesis; el segundo capítulo está dedicado al desarrollo del marco teórico, empezando por el tratamiento de la reincidencia como institución jurídico penal, sus teorías, régimen legal, pronunciamiento de la Corte Suprema, pronunciamiento del Tribunal Constitucional, su conexión con principios fundamentales, la política criminal

y su desarrollo relacionado al título de la presente tesis, el tratamiento penitenciario actual por su ligazón con el propósito preventivo especial de la pena, la pena y sus fines, etc.; y el tercer capítulo está dedicado a todo el marco metodológico con su respectivo análisis e interpretación de resultados, las conclusiones a las cuales se ha llegado que corroboran o no la hipótesis, en base a las cuales también se han planteado algunas recomendaciones vinculadas a decisiones de política criminal que debe adoptar nuestro legislador.

CAPITULO I

ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

En la redacción primigenia del Código Penal actual de 1991 se vetó la incorporación de la reincidencia, señalándose en la exposición de motivos que no resultaba válido preservar o mantener en nuestro ordenamiento penal sustantivo ese modo “aberrante” de castigar cuya crueldad se sustentaba en la forma de vida de la persona. Así, consideró la Comisión Revisora que sancionar a un ser humano teniendo en consideración los delitos que cometió anteriormente conllevaba a la transgresión del principio ne bis in ídem, además que la experiencia había patentizado que la drasticidad de las penas aplicadas tomando en cuenta la reincidencia no lograba amilanar al individuo de acuerdo con los criterios de prevención general.

Pero, mediante Ley 28726 publicada el 09 de mayo de 2006 con la meta de mermar las estadísticas de criminalidad, el legislador introdujo la institución de la reincidencia como circunstancia de agudización de la pena, cuya afirmación trae como correlato el incremento de la pena para el agente que anteriormente ya ha acatado íntegramente o parcialmente una pena de privación de la libertad de naturaleza efectiva. Posteriormente dicha institución ha sufrido diversas modificaciones sobre todo en el incremento de los efectos punitivos para el agente de acuerdo al tipo del delito cometido, con mayor gravedad para los delitos que causan mayor alarma social como el robo agravado, secuestro, extorsión, etc.

En la Provincia de Chiclayo existe incidencia delictiva sobre todo en los delitos de robo agravado, hurto agravado, tráfico ilegal de drogas, abuso sexual de menor de edad, actos contrarios al pudor en menores de edad, extorsión, etc.; de lo cual he advertido en mi experiencia fiscal que cada vez más personas que habiendo sido sentenciadas y cumplido en todo o en parte su pena han vuelto a delinquir, lo cual lleva como consecuencia a aplicársele la agravante cualificada de la reincidencia y con ello la modificación de la pena conminada, lo que origina un nuevo marco de la pena básica

que en síntesis se expresa en el incremento sustantivo de la sanción penal por encima del máximo legal establecido por el tipo penal.

Conforme lo señala el artículo I del T. P. de la norma penal sustantiva, dicho Código detenta por finalidad prevenir la comisión de delitos y faltas a fin de proteger a al ser humano y a la sociedad. Lo cual da cabida para sostener que nuestro código penal sustantivo reconoce que la pena igualmente tiene una función preventiva general, además de la función preventiva especial que encuentra sustento en el artículo IX del T. P. de nuestra norma penal sustantiva de 1991. De allí que, en relación a la misión de la pena, casi de manera unánime la doctrina nacional sostenga que nuestra norma penal sustantiva, se adecue a la teoría dialéctica de la unión que proclama el profesor Roxín, en tanto que reconoce a la pena una meta preventiva general y también preventiva especial.

En ese sentido, el legislador decidió incorporar la reincidencia como agravante penal, concibiendo que la amenaza con una pena más grave para quienes vuelven a delinquir evitara la recaída en el delito (función preventiva general intimidatoria) y porque la recaída en el injusto penal evidenciaría que la pena anterior no ha sido la suficiente para lograr la reeducación rehabilitación y reincorporación, para lo cual sería necesario una mayor pena (función preventiva especial).

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La reincidencia es una institución que al afirmarse en un caso concreto ocasiona que al agente se le aplique una pena más grave; agravación para la cual se toma en cuenta el delito anterior. Entonces el legislador con la adhesión o afiliación de la reincidencia como agravante penal busca reducir el incremento de la criminalidad y en concreto de la reiteración del delito, concibiendo que la amenaza con una pena más grave para quienes ya han cumplido una pena anterior y vuelven a delinquir evitara la recaída en el delito (función preventiva general intimidatoria) y porque la recaída en el injusto delictivo evidenciaría que la pena anterior no ha sido la suficiente para lograr la reeducación rehabilitación y reincorporación al sujeto reincidente, para lo cual sería necesario una mayor pena para alcanzar dicho fin (función preventiva especial).

Sin embargo, se advierte que, desde la incorporación de la reincidencia como agravante penal, la criminalidad y la reiteración delictiva no se ha reducido, por el contrario, sigue en aumento; razón por la cual se plantea como problemática si la incorporación de la reincidencia como agravante cualificada permitiría que la pena cumpla su finalidad preventiva general y especial, como medios para reducir la reiteración en el delito.

Problemática que, como parte del sistema judicial del Perú, veo de manera preocupante, pues percibo que la aplicación de la reincidencia implica mayor pena, y con ello a su vez al ser estas efectivas implican mayor sobre población penal. Lo que de manera particular lleva a plantear de forma categórica la interrogante de si la incorporación de la reincidencia como agravante cumple la finalidad político criminal de su incorporación, esto es, si cumple con su función preventivo intimidatoria para evitar la repetición en el delito y también si es imperativa a efecto de conseguir los objetivos de rehabilitación, reeducación y reincorporación del recluso a la colectividad.

3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

3.1. PROBLEMA PRINCIPAL

¿En qué medida la incorporación de la reincidencia como agravante penal ha contribuido a cumplir la finalidad preventiva de la pena para reducir los índices de reiteración delictiva, de acuerdo a los casos ocurridos en la Provincia de Chiclayo durante el año 2014 y 2015?

3.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS

- ¿Cuál es la finalidad de la agravación de la pena al reincidente de acuerdo a los fines preventivos de la pena?
- ¿En qué medida la incorporación de la reincidencia ha contribuido o no a reducir los índices de reiteración criminal?

- ¿En qué medida la incorporación de la reincidencia como agravante de la pena vulnera o no principios convencionales?

4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO:

4.1. JUSTIFICACION:

- Es necesario un análisis pormenorizado respecto a si tuvo o no razón la Comisión Revisora de la norma penal sustantiva del año 1991 en abolir inicialmente la incorporación de la reincidencia en dicha norma penal sustantiva peruana, sustentado en que vulneraba principios sustanciales como el ne bis in ídem y porque la experiencia había demostrado que dicha institución no cumplía el objetivo preventivo general de la pena.
- La decisión del legislador de agravar las penas mediante la incorporación de la reincidencia está motivada en respuesta al aumento de los índices de reiteración delictiva, pese a lo cual, constituyen un paradigma de política criminal errado sometido a un contexto del populismo punitivo.
- Si bien es cierto el TC a través de la sentencia acuñada en el Exp. N° 0014-2006-PI/TC resolvió declarando infundada la acción de inconstitucionalidad sobre la Ley N° 28726 que incorporó la reincidencia considerando que no violaba los preceptos de ne bis in ídem, de culpabilidad y tampoco el de proporcionalidad; es cierto también que desde un enfoque doctrinario y convencional dichos cuestionamientos a la institución en tanto vulneran principios fundamentales, subsisten e incluso con mayor fundamento.
- Determinar y contrastar con el análisis a las muestras del marco metodológico si efectivamente con la amenaza de la agravación de la pena a quien ha completado en parte o en todo una pena de privación de la libertad efectiva anterior evita al agente que vuelva a delinquir y si la aplicación de

una pena en demasía gravosa es necesaria para que a través del tratamiento penitenciario se pueda rehabilitar, reeducar y reincorporar a quien ha vuelto a delinquir; y de esa manera reducir los índices de reiteración delictiva.

4.2. IMPORTANCIA:

- Construir un aporte explicativo a fin de contrastar si el modelo de política criminal adoptada por el legislador es la adecuada, o en todo caso deviene la necesidad de la adopción de otro modelo de política criminal correcta como respuesta al aumento de los índices de reiteración criminal.

5. OBJETIVOS

5.1. OBJETIVO GENERAL:

Describir, analizar y determinar si la incorporación de la reincidencia como agravante penal ha logrado cumplir los fines preventivos de la pena orientado a reducir los índices de reiteración criminal, de acuerdo a los casos ocurridos en Provincia de Chiclayo durante los años 2014 y 2015.

5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Establecer los planteamientos teóricos y normativos de la institución de la reincidencia, y determinar cuál es la finalidad de la agravación de la pena al reincidente de acuerdo a los fines preventivos de la pena.
- Analizar en qué medida la incorporación de la reincidencia ha contribuido a reducir los índices de reiteración delictiva, a fin de establecer si se justifica mantener o derogar dicha institución del sistema jurídico penal peruano, o el cambio de la misma por otros modelos de política criminal.
- Determinar si la reincidencia como agravante cualificada de la pena colisiona

con principios fundamentales reconocidos a nivel constitucional y convencional.

6. HIPOTESIS:

La reincidencia como agravante penal no cumple con la finalidad preventiva de la pena, por lo que no justifica su vigencia como medio para reducir los índices de reiteración delictiva, de acuerdo a la experiencia judicial en la provincia de Chiclayo durante los años 2014 y 2015.

7. VARIABLES:

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES	TECNICAS
La reincidencia como agravante de la pena.	1. Naturaleza de la reincidencia como agravante	a) Clases de reincidencia	¿Qué conceptos comprende? ¿Qué implica? ¿Cuál es la base legal? ¿Cuál es su límite de aplicación?	Análisis documental Fichaje
		b) Teorías de la reincidencia		
	2. Finalidad de la agravación de la pena al reincidente	c) Régimen legal de la reincidencia		
		d) Política criminal		
La función preventiva de la pena	1. Reducción de los índices de criminalidad	a) Porcentajes de aumento o disminución de la criminalidad en reincidentes	¿De qué forma se da?	Sentencias

	2. Colisión entre reincidencia y principios fundamentales	b) Reincidencia y el principio de Ne bis in ídem	¿Cómo se mide?	Entrevista
		c) Reincidencia y derecho penal de autor	¿Cómo se evidencia?	
		d) Reincidencia y principio de culpabilidad	¿Cómo se evalúa?	
	3. La pena y sus fines	Prevención general		
		Prevención especial (tratamiento penitenciario)		

CAPITULO II

MARCO TEORICO

SECCIÓN I

LA REINCIDENCIA Y SUS ALCANCES

1. ETIMOLOGÍA.

El vocablo reincidencia deriva del latín *iterum cadere*, el cual equivale a decir “caer de nuevo”. En sentido general, se llama reincidente a quien luego de haber cumplido una condena previa reemprende en la comisión de un nuevo hecho delictivo. En sentido jurídico, su descripción depende de los presupuestos de configuración y efectos que le asigne cada legislador en su proceso de criminalización primaria. Asimismo, la reincidencia como lo afirma, Daniela Sanhueza Vilches, deriva del latín *recidere*, que se traduce en caer de nuevo (Sanhueza Vilches, 2015, pág. 5).

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La figura de la reincidencia percibida como condición agravante de la sanción penal tiene antecedentes muy lejanos, consustanciales a la existencia humana. Las primeras expresiones normativas lo podemos encontrar en las normas del Manu en el Manava Dharma Indio, en donde establecía una progresiva agravación de las penas desde la amonestación hasta la pena corporal y esta última desde la amputación de los dedos hasta la muerte. Del mismo modo en el antiguo derecho romano se consideró como agravante la reincidencia específica. Hasta el código que influyera en los diversos códigos penales modernos, como lo fue el código penal francés de 1810 que, en su artículo 56 del capítulo IV del libro primero, bajo el título “de las penas por reincidencia en los crímenes y delitos”, regulo la reincidencia como circunstancia agravante general.

Entonces la reincidencia es una institución muy remota, aceptada y cuestionada, como medio para prevenir el delito. En el Perú, la agravante penal de la reincidencia encontró cabida en el primer código penal del Perú de 1863, al establecer en su inciso 14 del artículo 10 al reincidente como una circunstancia agravante. Esa misma

institución sustantiva como agravante fue regulada en el artículo 111 a 116 del código penal peruano de 1924 bajo el título XIV denominado “reincidencia y habito en el delito”. Para luego el código penal actual en su origen vetó su regulación.

Considero que no es relevante para este caso exponer todas las manifestaciones históricas que ha tenido la figura de la reincidencia apreciada como agravante penal. Pues en los antecedentes históricos tuvo mucha cabida la apreciación de las conductas reiterativas como condición para agravar las sanciones a imponerse, bajo distintos presupuestos de aplicación dependiendo del momento histórico, pues no debe olvidarse que antiguamente la teoría que fundamentaba los propósitos de la pena era la concepción absoluta o retributiva, donde la sanción tenía que ser expresión de la justicia proporcional, de la regla popular del ojo por ojo y diente por diente, la cual tiene su génesis en la ley de talión, ante un mal causado debía castigarse con otro mal; pero eso cambia con el devenir histórico, sobre todo en un país que se declara ser social y democrático de derecho, en la cual la pena debe buscar un fin, la prevención del delito (prevención general y especial).

3. CONCEPTO.

Existen varias conceptualizaciones de reincidencia, donde se puede citar:

- La Real Academia Española define a la dicción reincidencia, como la “reiteración de una misma culpa o defecto”, pero también desde la óptica o perspectiva jurídica, lo define como “circunstancia agravante de responsabilidad criminal” (RAE).
- De modo estrictamente jurídico – penal, se entiende por reincidencia al acto de volver a llevar a cabo una nueva conducta delictiva luego que el mismo agente ha recibido y sufrido una condena anticipada por un delito análogo o de disímil naturaleza
- Diversos autores diferencian entre reiteración y reincidencia. Entienden muchos

autores a la reiteración o repetición como el género y la reincidencia como institución penal sustantiva es la especie. Por ello Raúl Zaffaroni citado por Hesbert Benavente, entiende al reincidente como un sujeto reiterante que ha cometido un nuevo delito después de una sentencia definitiva (Benavente Chorres, pág. 14).

- El supremo órgano de control concentrado, define al instituto de la reincidencia (fundamento 17 de la sentencia de fondo emitida en el Exp. N° 0014-2006-PI/TC), como una condición fáctica, que consiste en la ejecución del injusto penal durante el trance en el que el agente previamente ha padecido la penalidad a causa de la ejecución de un delito previo (TC, Sentencia, 19/01/2007).
- En el veredicto que emitió nuestro supremo órgano de control concentrado con motivo del proceso de inconstitucionalidad que conoció en el Exp. N° 0014-2006-PI/TC (fundamento 18), declaró a manera de síntesis que, desde una óptica normativa, se percibe a la reincidencia como aquella apreciación de la conducta antijurídica, complementaria a la consideración antes predicho por el tipo penal. En dicha sentencia, el tribunal también identifica operativamente el momento en que el juez debe aplicar la reacción intensificada de la sanción a razón de la reincidencia; así, en el primer momento el juez realiza el juicio de adecuación de la hipótesis fáctica al supuesto normativo penal, en el segundo momento determina si el cooperador o el autor del hecho antijurídico tiene o no la condición de reincidente, y en el tercer momento se materializa con la imposición de la pena, la cual está compuesta por una sanción por el nuevo injusto y por la intensificación del castigo por la condición de reincidente (TC, Sentencia, 19/01/2007).
- Por otro lado, en el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 (CSJ, 2008), la Corte Suprema con palabras más o palabras menos, sostuvo, que, desde un panorama genérico, se puede considerar como reincidente a aquella persona que por la reiteración de conductas delictivas trasluce la predilección a incurrir

en dicha repetición delictiva, ergo, lo añadido como sanción, se conduce a reformar esa predilección delictual del sujeto reincidente. Dicho pleno establece ciertos requisitos a fin de adjudicar la reincidencia, como que la sanción de privación de la libertad cumplida en todo o en parte, debe haber sido de carácter efectiva; asume una modalidad de reincidencia genérica, en la que no interesa que el delito anterior se trate de la misma naturaleza; opera solo para delitos dolosos; además de estimar a la reincidencia como una situación personal, la cual no afecta a los autores o partícipes en los cuales no concorra dicha circunstancia (incomunicabilidad de las circunstancias personales).

- En resumen, la reincidencia implica perpetrar un nuevo delito luego de acatar u obedecer la sanción penal infligida por un delito previo, es una especie de concurso real de delitos, ya que en ambos hallamos una multiplicidad de acciones, unidad de autor y multiplicidad de delitos; pero en la reincidencia el nuevo delito debe ocurrir después de acaecer la obediencia de la pena por un delito previo, éste es el concepto que ha asumido nuestro legislador peruano en el artículo 46-B de la norma penal sustantiva. Son los efectos de agudización de la pena por reincidencia o el considerar a la misma como situación de agravación cualificada en nuestra legislación, lo que es objeto de tratamiento en la presente investigación.

4. CLASES DE REINCIDENCIA.

En la doctrina existe una clasificación de la reincidencia tanto por la esencia de los delitos, como por la manera de acatar la sanción previa. Por la esencia del ilícito se clasifica en reincidencia específica y reincidencia genérica. Por la forma de ejecución de la sanción previa se clasifica en reincidencia real o propia y reincidencia impropia o ficta.

La reincidencia genérica ocurre cuando el delito previo y el renovado delito perpetrado pueden ser de distinta especie o condición; clasificación que ha acogido el parlamento peruano en el artículo 46B del código penal. La reincidencia específica ocurre en el momento en que el delito previo y el nuevo delito perpetrado son de

idéntica especie o naturaleza, es decir, afectan un idéntico bien jurídico protegido. Ejemplos de la referida clasificación específica lo localizamos en el inciso 8 del artículo 22 de la norma penal sustantiva de España de 1995, el cual describe como circunstancias agravantes entre otros a la reincidencia y señala que ella opera al momento que el individuo perpetra un ilícito no obstante haber detentado una condena por delitos de igual especie y que se encuentra incluido en el mismo título.

La reincidencia real o propia, es aquella que demanda el acatamiento de la pena precedente se trate de total o fragmentado, pero de manera efectiva. La reincidencia ficta o impropia, es aquella que solo requiere la concomitancia de un fallo sancionatorio inamovible por el ilícito previo, sin ser necesario la ejecución o la finalización de la aflicción punitiva por ese delito previo

En el Perú, el artículo 46-B de la norma penal sustantiva de 1991 con sus diversas modificaciones hasta octubre de 2018 señala como peculiaridades que componen la reincidencia los siguientes: (i) el acatamiento integral o fragmentado de un veredicto condenatorio precedente a pena de privación de la libertad; (ii) incidir en un nuevo ilícito de índole doloso perpetrado en un ínterin de cinco años. De esa descripción normativa apreciamos que asumimos por definición legal una reincidencia real, pues exige haber cumplido en por lo menos en parte el castigo privativo de la libertad por el delito previo; empero no precisa si se trata de una reincidencia genérica o específica, fue la jurisprudencia de la Suprema Corte por medio del Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-1167 donde se ha establecido que asumimos una reincidencia genérica, es decir no interesa el tipo de delito en el cual se ha reincidido, pues para la reiteración delictiva de la misma especie ha introducido otra institución también muy polémica que es la habitualidad en por conducto del artículo 46-C de la norma penal sustantiva.

5. TEORÍAS DE LA REINCIDENCIA.

5.1. LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE.

Esta teoría concibe a la reincidencia lo mismo que un motivo legal agravante de la sanción al agente. En doctrina existen diversas posiciones sobre el fundamento

para considerar como agravante a la reincidencia. Importante sector considera que la extensión de la punición del reincidente se cimenta en que la repetición del delito evidencia una acentuación de la gravedad de la conducta típica y antijurídica (injusto penal); otro sector argumenta que el aumento de la sanción se apoya en la mayor reprochabilidad del agente reincidente, puesta de manifiesto por que el autor previamente conoce los afectos del delito; otros sostienen que el incremento de la represión penal se funda en la necesidad de una ampliación del tratamiento penitenciario al agente para lograr su plena rehabilitación; finalmente otros sostienen que la intensificación de la sanción al reincidente se erige por la peligrosidad del agente.

En nuestro país siempre la reincidencia ha sido considerada como causa legal de agravación de la condena, tanto en la norma penal sustantiva de 1924 como en su actual incorporación en la norma penal sustantiva de 1991. En su regulación presente, al haber el Tribunal Constitucional desestimado el cuestionamiento a su inconstitucionalidad, encuentra su justificación de ser en el aumento de la entidad del injusto, en la extensión de la culpabilidad del agente, y en la exigencia de una intensificación del tratamiento penitenciario (prevención especial), porque la reincidencia expresa una tendencia delictiva del agente.

A continuación, se pasa a analizar las distintas teorías existentes que la justifican como agravante:

5.1.1. PRIMERA PENA IMPUESTA FUE INSUFICIENTE.

La teoría de la insuficiencia de la pena impuesta se soporta en los argumentos de la Escuela Clásica que tiene como colosal portavoz a Francesco Carrara, escuela que resalta los fines de la pena. En ideas de citas realizadas por Daniela Sanhueza Vilchez, la referida teoría justifica la agravación de la sanción en la nadería de la sanción adjudicada al injusto penal precedente. Dicho de otro modo, desde la perspectiva de la prevención especial, el castigo preexistente fue exiguo a efecto de desalentar la reiteración delictiva, en atención a lo cual, es insoslayable

implantar una penalidad tan severa como idónea para desmotivar a la persona en la comisión de nuevos injustos penales (Sanhueza Vilches, 2015, pág. 7).

En ese sentido, citado por Benavente Chorres, el juez supremo argentino Raúl Zaffaroni no obstante ser uno de los más críticos y opositores a la incorporación de la reincidencia y postular por su inconstitucionalidad, comparte la idea de que la reincidencia real se sostiene en la noción de que la sanción precedente fue exigua a efecto de mudar la conducta del reiterante (Benavente Chorres, pág. 36). Dicha teoría justifica la elevación de la sanción al reincidente, porque considera que la repetición en el delito es una muestra de que la sanción penal previamente impuesta y cumplida en su totalidad o en parte fue insuficiente para lograr la resocialización del agente, esto es para cumplir el propósito preventivo especial de la pena.

Para esta teoría, reincidir en el delito evidencia un desdén por la pena, pues pese a haber cumplido previamente una condena efectiva por un delito, recae nuevamente en el otro delito. El autor conoce el sufrimiento que ocasiona la privación de la libertad, pese a ello recae nuevamente en el mismo, lo cual revela su indiferencia ante la advertencia de una nueva pena cuyos efectos ya conoce. Para esta teoría, ello evidencia que la pena anteriormente cumplida fue insuficiente para alcanzar el objeto precautorio especial de la pena manifestada en la resocialización al agente.

En nuestro país, si revisamos los pletóricos proyectos de ley, los cuales dieron lugar a la ley 28726 que incorporó la reincidencia, podemos apreciar que nuestro legislador justifica la incorporación de la reincidencia en esta teoría, pues concibe que la primera pena impuesta fue insuficiente para resocializar al agente. Para dicha teoría, el acrecentamiento de la sanción penal al reiterante es un plus que se justifica porque la pena anterior fue insuficiente para cumplir la finalidad resocializadora de la pena a través de la concreción efectiva de todo o parte de la misma.

Pero dicha teoría también tiene detractores, en efecto, José Cerezo Mir, analizando los fundamentos de los motivos de agudización de la sanción por reincidencia dentro de la Ciencia del Derecho penal español y citando a diversos autores, converge en la idea de rechazar la teoría de la insuficiencia de sanción previa para defender la agravante penal, porque la pena jamás puede desbordar la culpabilidad tomando como pretexto los fines preventivos generales y especiales de la sanción (Cerezo Mir, 2006, págs. 1027, 1028). De igual modo, Enrique Cury, citado por Sanhueza Vilches, expresa la idea de que, la inoperancia de la pena previa, puede ser indicio no únicamente de la exigüidad de la pena, sino de la misma forma, por no ser idónea para resocializar al agente (Sanhueza Vilches, 2015, pág. 9); resocialización que estoy seguro jamás se logrará si es que no existe un efectivo tratamiento penitenciario al interno.

Las teorías absolutas de la pena, conciben a la misma como pura retribución, en tanto las teorías relativas le asignan un fin utilitario. El incremento del castigo penal al reincidente bajo la justificación de que la pena previamente impuesta fue insuficiente, implica concebir a la sanción penal como simple compensación por el delito cometido. La mayor represión penal manifestada en la extensión de la privación de la libertad, en un país en el que no se ejecuta un programa de tratamiento penitenciario, con establecimientos penales carentes de tratamiento penitenciario, colapsados y congestionados, la pena se convierte en pura retribución. La realidad muestra a la pena lejana a toda utilidad preventiva, y muy cerca de un propósito netamente retributivo.

El cuestionamiento a esta teoría es que “tampoco es justo que de aquel a quien el Estado no ha suministrado el tratamiento que le ha prometido, se espere que exhiba los efectos que a ese tratamiento le asigna, no sin una gran carga de hipocresía” (Benavente Chorres, pág. 38). “Más simplemente: si no ha operado el Estado sobre el penado para obtener los fines que se propone por medio del tratamiento penitenciario que promete suministrar a sus penados a privación de libertad, no es legítimo exigirle la enmienda que de él se espera (que sería el fruto del tratamiento) y -menos aún- aplicarle más pena” (Benavente Chorres, pág. 38).

De allí que compartimos, y en eso se enfoca esta tesis, en demostrar que no se trata de cortedad de la primera condena aplicada, sino que la condena anterior no cumplió su finalidad preventivo especial a causa del nulo tratamiento penitenciario que reciben quienes sufren en nuestro país privación efectiva de su libertad, lo cual lleva a tomar políticas criminales erradas, con gobiernos de turno desinteresados en incrementar el presupuesto para contar con el personal profesional suficiente y capacitado, para mejorar la infraestructura, o para mejorar las condiciones laborales de quienes ejecutan el tratamiento penitenciario. Entonces si el Estado no ha realizado ninguna acción para cumplir su fin de reeducativo, rehabilitador y para reincorporar al interno a la comunidad, resulta ilógico argumentar que la primera pena impuesta fue insuficiente, resulta ilógico agravar la pena a quien vuelve a delinquir, cuando en realidad ha sido a causa de que el Estado no realizó tratamiento alguno para reeducarlo o rehabilitarlo. Pues si “en efecto, en la realidad concreta no ha existido tratamiento penitenciario, por lo que, no es posible predicar la insuficiencia de algo que ni siquiera ha comenzado a operar” (Benavente Chorres, pág. 38).

La realidad refleja que la gravedad de las sanciones privativas de la libertad es ajena a todo fin resocializador. Ese concepto lo tenía claro en su momento el gobierno de turno, que fue expresado al observar la ley 28726, pero los parlamentarios obstinados en la creencia ficticia de entender a la agravación de las penas como la panacea a la multiplicación delictiva acabo promulgando por insistencia la referida ley.

Esta teoría consideramos podría tener justificación para agravar la pena al reincidente en aquellos estados que cuentan con tratamientos penitenciarios efectivos, en los cuales el penado ha recibido tratamiento penitenciarios sociales, psicológicos, educativos, laborales, etc., efectivos, pese a lo cual ha vuelto a delinquir; lo cual recién evidenciaría que la pena no ha cumplido su fin preventivo especial; pero dicha teoría no puede tener cabida en un Estado como el Peruano en la cual no existe un efectivo tratamiento penitenciario al interno condenado, más que su plasmación formal en un norma.

5.1.2. PELIGROSIDAD DEL AGENTE.

Desde esta concepción, el reincidente es visto como un enfermo peligroso, esta concepción de peligrosidad es cobijada por la teoría positivista, la cual concibe que los delitos es resultado de personalidades psicológicamente defectuosas o anormales, por lo que entiende que la reiteración de la conducta criminal tiene un origen patológico que requiere una sanción severa.

En efecto, el incremento de la sanción penal al reincidente fundada en el estado peligroso de autor, entraña examinar la personalidad del agente. Los fundamentos de esta teoría la encontramos en el positivismo criminológico, para quien el delito no es resultado de la libertad de elección, sino de la personalidad anormal del autor que, pueden curarse a través de la rehabilitación. En dicho contexto, conforme a las ideas de Laura Zúñiga Rodríguez, citadas por Oré Sosa, la aplicación de la pena se fundamenta en la peligrosidad del criminal, mas no en la gravedad del delito (Oré Sosa, pág. 2)

Las sucesivas modificaciones legislativas al código penal, una de ellas expresadas por medio de la ley 28726, poseen como rasgos compatibles el incremento de las penas, lo cual fue uno de los distintivos propios del positivismo criminológico bajo la mano de Cesar Lombroso, cuya corriente aboga por sostener que la necesidad de la pena radica en la peligrosidad social del criminal y despoja a la pena de toda utilidad preventiva.

En el derecho penal no se puede sancionar por la forma de ser del agente, por su tipo de personalidad; se sancionan conductas, estamos ante un derecho penal de acción o de acto, de modo alguno en un derecho penal de autor, “endurecer la persecución penal contra los habituales y los reincidentes calza bien con un derecho penal altamente selectivo y francamente reaccionario” (Benavente Chorres, pág. 50).

Una de las justificaciones de quienes abogan por la reincidencia, es que se trata de un sujeto peligroso, cuyo modo de vida está marcado por la reiteración

delictiva; no negamos la posibilidad de que una de las causas de quien reitera en el delito pueda encontrarse en el aspecto psicológico de la persona, pero ello no puede presumirse de manera general para todos los que reinciden en el delito, pues agravar la pena al reincidente asumiendo la peligrosidad del sujeto es asumir a priori que el sujeto es peligroso sin haber examinado al sujeto en concreto. La peligrosidad no debe suponerse *iuris et de iure* como lo presume la norma penal sustantiva a través de la adhesión de la reincidencia a modo de agravante, la peligrosidad del sujeto debe probarse.

Debe tenerse en cuenta que, la reincidencia no solo puede dar a entender contumacia y desdén a los bienes jurídicos objeto de tutela penal, del mismo modo pueden traslucir a un agente con inconvenientes para cambiar, con diversos escollos para asimilar el atributo antijurídico de su conducta o que se encuentra en una situación vulnerable a la perpetración de delitos. Entonces, siguiendo las ideas de Cerezo Mir, no se puede hacer un pronóstico general de peligrosidad para todo agente reiterante, la pena se fundamenta en la gravedad del delito, en tanto que, la peligrosidad solo sustenta la aplicación de una medida de seguridad (Cerezo Mir, 2006, pág. 1028).

5.1.3. AUMENTO DE CULPABILIDAD.

Otra de las teorías que justifican la incorporación de la reincidencia, es aquella que se cimenta en una mayor culpabilidad del autor. En la culpabilidad como categoría del delito se examina la exigibilidad de otra conducta, esto es, si al agente se le podía exigir actuar de manera distinta a su actuación delictiva, exigencia que para esta teoría es mayor, cuando el agente ha sido objeto de una anterior condena.

En efecto, quienes justifican la intensificación de la pena al reiterante, entienden que la experiencia precedente lo coloca en un estatus especial de mayor cognición de los efectos del disvalor de una acción antijurídica, ante lo cual bajo un lógica deductiva, ese mayor conocimiento de los efectos de un injusto penal produce una mayor exigencia de haberse comportado conforme a derecho, cuya

repetición en la transgresión de una conducta prohibida implica una mayor culpabilidad y por ende justifica un mayor reproche.

Uno de los significados que se le atribuye a la culpabilidad es la de servir como fundamento o elemento para la delimitación de la pena. La culpabilidad tiene como misión limitar a pena. La reincidencia, que supone el cumplimiento de una sanción precedente y la perpetración de un nuevo injusto penal, evidencia que el agente ha actuado con una mayor culpabilidad al llevar adelante el nuevo delito, y por ello merece un mayor reproche, lo cual justifica la imposición de una sanción más severa en contraste con aquella persona que previamente no ha sido objeto de un reproche penal.

La reincidencia sustenta la mayor severidad de la sanción, en conductas anteriores que toman en cuenta la vida del agente, es decir que toman en consideración la concreción parcial o total de una sanción anterior, mas no se sostiene en la conducta nueva que ha dado lugar al nuevo delito objeto de juzgamiento. Entonces el juicio de desaprobación comprende el nuevo hecho por el cual se juzga y también se dirige a juzgar un delito anterior ya juzgado y por el cual el agente ha cumplido su pena, pues se valora el delito anterior como un síntoma de mayor culpabilidad. Ello es en verdad una expresión del denominado derecho penal de autor, cosa que transgrede el principio de culpabilidad por el hecho.

Es palpable que, instituciones agravantes como la reincidencia, transgreden el principio de culpabilidad, además que la realidad evidencia que tampoco se ha logrado conquistar o abrazar los objetivos político criminales del ente legislativo, traducidos en la finalidad de reducir la incidencia delictiva.

5.1.4. DOBLE LESIÓN.

La teoría de la doble lesión justifica la reincidencia como agravante desde una perspectiva de alarma social que origina el hecho de que una persona que ha perpetrado un hecho delictivo y ha cumplido la pena impuesta, vuelva a caer en la

materialización de otro delito. Ello supone que ocasiona el menoscabo de dos bienes jurídicos. Así en ideas de Eugenio Zaffaroni citado por Sanhueza Vilches, expresa que otra de la tesis poco admitida que justifica la reincidencia, es la que se fundamenta en la afirmación de una “doble lesión” traducido en la producción de dos daños, el daño mediato o político que se expresa en la afrenta al orden jurídico y un daño inmediato expresado el delito particular (Sanhueza Vilches, 2015, pág. 8). Dicha concepción supone aceptar que todo delito este compuesto por dos bienes jurídicos, uno que es connatural al delito que se ve lesionado o puesto en peligro por la acción típica y otro bien jurídico periférico connatural a todo delito que sería la transgresión al ordenamiento jurídico, esto último, es una concepción fuera de todo contenido en el principio de lesividad. Justificar la reincidencia en una doble lesión, contradice el principio de interdicción o proscripción del ne bis in ídem material.

5.1.5. EXPRESIÓN DE UN MAYOR INJUSTO.

Esta teoría parte de considerar que el delito cometido vía reincidencia expresa un mayor injusto, un mayor grado de contrariedad del comportamiento del sujeto con el derecho, mayor grado de antijuricidad de dicho comportamiento típico. Se considera que el injusto es mayor debido a que, al contenido concreto de ilícito penal se le agrega el desobediente desdén al respeto a los bienes objetos de tutela penal afectados por el nuevo ilícito cometido. La reincidencia es vista como la manera en que el Estado responde ante un superior o mayor injusto penal.

El injusto penal, entendido ello como la conducta típica y además antijurídica, es mayor para esta teoría, porque el agente tiene mayor conocimiento de lo que implica contrariar el ordenamiento jurídico, conoce sus consecuencias y pese a ello vuelve a delinquir, ello justifica su agravación de la pena, es decir una respuesta más gravosa a las conductas desvaloradas.

5.2. LA REINCIDENCIA COMO ATENUANTE.

En otro sentido, existe otro sector de la doctrina que representan las teorías negativas; la cual comprende todas aquellas posturas que rechazan la virtualidad agravatoria de la reincidencia y la consideran más bien como una causa atenuante - eximente de la responsabilidad.

Estas teorías consideran que el reincidente en realidad es una persona enferma, y como tal no se le puede agravar la pena a un enfermo, sino que por el contrario tiene que atenuarse la pena y proporcionarle tratamiento para salir de ese estado de enfermedad. Es decir, lo considera al reincidente como un inimputable quizás relativo. Esta teoría es expresión del derecho penal mínimo, la cual podría tener asidero siempre que se demuestre que se trata de un agente inimputable, un sujeto enfermo, incapaz de ser reeducado, rehabilitado y resocializado por no ser capaz de comprender la antijuricidad de su conducta.

Dentro del ordenamiento chileno, en ideas de Daniela Sanhueza Vilches, plantea que no se cuestiona la permanencia de la reincidencia, lo que plantea es contemplar otro tipo de sanciones, de tal modo que la reacción a la reincidencia sea la aplicación de medidas sustitutivas con un derrotero resocializador, mas no con la exasperación de la sanción que conlleva implícitamente la prisionización (Sanhueza Vilches, 2015, pág. 38), con los efectos contrarios a todo fin resocializador que nuestra realidad carcelaria ha desnudado desde hace buen tiempo.

En la doctrina española, la consideración a la reincidencia como atenuante, implica concebir que el reincidente tiene aminorada su aptitud de inhibición y, por consiguiente, una disminución de su grado de culpabilidad. Propone, por ello, en ideas de Cerezo Mir, en definitiva, la abrogación de la reincidencia como agravante y reemplazarla por medidas de seguridad (Cerezo Mir, 2006, pág. 1029). En efecto, cabe señalar que incluso existe una postura, la cual plantea que la defensa social no puede hacerse mediante un mayor castigo ante el fracaso de una pena anterior, sino que la instrucción al reincidente debe darse por el derrotero de la imposición de las medidas de seguridad con fines de curación, mas no a través de la pena, porque los delincuentes reiterantes no son más culpables ni más peligrosos que los demás delincuentes comunes.

En nuestro sistema penal, las medidas de seguridad están reguladas únicamente para sujetos inimputables, es decir en aquellos cuyas conductas pese a ser típicas y antijurídicas, el sujeto no puede ser responsable al adolecer de alguna anomalía psíquica. Toda medida de seguridad busca o procura objetivos de rehabilitación, tutela y curación, por lo menos así los concibe nuestro ordenamiento penal sustantivo; por ende, es aplicable a sujetos inimputables o semi inimputables, que afecta la culpabilidad como elemento del delito; pero el reincidente en términos literales no es un inimputable, es un sujeto plenamente culpable, a quien debe sancionarse por el nuevo hecho cometido, en todo caso si al agente fuese reincidente e inimputable a la vez, correspondería aplicarse una medida de seguridad como la de internación por haber cometido un nuevo delito, pero sin tener en cuenta los delitos anteriormente cometidos y castigados.

Tampoco considero aceptable ésta teoría, pues el reincidente no es un sujeto enfermo o inimputable, es un sujeto que conoce la antijurídica de su conducta y a quien se le puede exigir actuar conforme a derecho, es decir un sujeto culpable, y a quien debe imponérsele la pena por ese nuevo delito cometido tal cual y en ejecución de su pena ser sometido a un efectivo y real tratamiento penitenciario, que únicamente se logrará con el establecimiento de políticas penitenciarias efectivas empezando por eliminar el hacinamiento de los internos en los penales.

6. RÉGIMEN LEGAL DE LA REINCIDENCIA EN EL PERÚ.

6.1. LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE EN EL PERÚ.

Históricamente en nuestro país, la institución de la reincidencia en todo momento ha sido normada como agravante de la pena, así lo fue en el precedente legislativo más inmediato que fue el Código Penal de Maurtua de 1924, y los es de manera similar hoy en día en el incorporado artículo 46-B de la norma penal sustantiva, de suerte que, uno de sus efectos es la modificación de la pena básica del respectivo ilícito penal.

En nuestro país, expresamente el legislador ha señalado que, la reincidencia constituye una condición para incrementar la pena, y jurisprudencialmente la Corte Suprema ha fijado que los efectos de su configuración es modificar la pena básica o pena conminada de un tipo penal, configurando un nuevo marco de pena básica, lógicamente más grave que el originario, marco dentro del cual se determinará la pena concreta. La efectividad de esos efectos agravantes desde la óptica de la función preventiva de la pena, es lo que considero cuestionable y lo que ha motivado su tratamiento en el presente trabajo, pues en buena cuenta por reglas de la lógica comprensible para cualquier persona promedio, la finalidad del legislador al incluirlo es reducir la comisión de delitos, en estos tiempos de inseguridad ciudadana.

6.2. DE SU INCORPORACIÓN EN EL SISTEMA PENAL PERUANO.

En nuestro transcurso de codificación penal sustantivo, la reincidencia fue incorporada por primera vez como agravante penal, en la primera codificación penal sustantiva peruana de 1863 en su artículo 10 inciso 14 de dicha codificación, luego permaneció como tal en el artículo 111 del código penal de 1924, seguidamente, fue desterrada en su versión original del código penal del año 1991.

El retorno de la reincidencia en la codificación penal sustantiva de 1991 se inició antes de la promulgación de la ley 28726, fue mediante la legislación sobre terrorismo, concretamente por medio del artículo nueve del decreto ley N° 25475 publicada el 6 de mayo de 1992 que estableció la penalidad para los delitos de terrorismo, el cual estipulaba que se consideraba delincuente reincidente, a quien luego de haber sufrido una sanción de privación de la libertad establecida por una condena firme extranjera o nacional, cometa una nueva infracción punible antes de los diez años de la sentencia previa, ante lo cual debía ser castigado a través de una pena de privación de la libertad mínima de treinta años. Dichos efectos agravantes para los reincidentes por delitos de terrorismo fueron modificados por mediación del artículo 3 del decreto legislativo N° 921 publicitado el 18 de enero del año 2003, donde se señaló que la penalidad cumbre por reincidencia a que alude el artículo 9 del decreto ley 25475 sería la cadena perpetua.

La Ley N° 28726 surge a partir de diversos proyectos legislativos presentados por diversos parlamentarios. Tales como el proyecto de ley N° 11957/2004 del congresista Marcial Ayaipoma Alvarado que en su exposición de motivos sustenta parte explicando por la situación grave de inseguridad ciudadana que atravesaba el país. El proyecto legislativo N° 12298/2004 de la congresista Martha Hildebrant Pérez Treviño, el cual expresa como motivos, al observar que ciertos delitos graves no tienen la agravante de la reincidencia, lo cual origina que sean puestos en libertad varias veces al cumplir penas benignas. El proyecto de ley N° 13395/2004 de Judith de la Mata Fernández de la Puente, el cual expresa como motivos en la seguridad ciudadana como principal preocupación de la sociedad, señalando que la delincuencia mantiene su conducta antijurídica porque conoce que la reiterancia no se toma en cuenta, ante lo cual la población percibe que el sistema jurídico no los protege de los delitos, lo cual genera inseguridad. El proyecto de ley 13535/2005 de la bancada legislativa Concertación Parlamentaria, que señala en sus exposiciones de motivos, que se había evidenciado, que la benevolencia de las penas habían atizado o aumentado la reincidencia, cuyas penas no habían valido para aminorar la “ola delincencial que vivía el país”; y que la población percibe que existe impunidad para la comisión de delitos, lo cual crea “inseguridad o zozobra”, cuya impunidad conocen los delincuentes porque saben que de llegar a prisión egresarían en pocos años que los precisados en la sentencia; es decir entran y salen del penal, lo cual evidencia que el “sistema” no funciona; pero además reconoce que las cárceles no son centros de rehabilitación, sino más bien de adiestramiento en el delito; por eso, consideran necesario incorporar la reincidencia para sancionar más rigurosamente a los agentes que se resisten a reintegrarse a la sociedad. El proyecto de ley N° 5650/2003 del parlamentario Jorge Mera Ramírez, justifica su propuesta en que la delincuencia se había incrementado y la sociedad se encontraba desamparada porque el sistema normativo era enclenque frente a los reincidentes quienes conocen que no se valora su condición de reincidentes, por lo que la pena más grave se debe a que la anterior pena no ha logrado resocializarlo. Proyecto de ley 8176/2003 de la congresista Dora Núñez Dávila, quien justifica que todas las regiones del Perú son golpeadas por la delincuencia que es cada vez más alarmante, lo cual atenta contra la seguridad ciudadana, ya que los delincuentes reincidentes salen rápidamente de las cárceles las cuales no son centros de reeducación, sino lugares donde “se

perfeccionan” en el delito; debido a que en el sistema normativo se utiliza un prototipo exageradamente garantista para el delincuente, lo que genera sensación de desprotección a la población. El proyecto de ley N° 8544/2003 del congresista Rafael Valencia-Dongo Cárdenas; expone como argumentos, que la experiencia de más de diez años de vida de la codificación penal patentizaba que, la afabilidad de las penas había avivado la reiteración en el delito, ya que las penas benignas no habían logrado menguar la “ola delincencial” en nuestra nación, lo cual se había recrudecido por la situación económica que atravesaba el país; ya que la población percibe que solo existe impunidad ante la comisión de los delitos, lo cual engendra un estado de inseguridad para el país; cuya exención es sabida por los infractores, quienes conocen que no van a ir a la cárcel, o de llegar saldrán mucho antes de cumplir su sentencia; seguidamente repite los mismos argumentos del proyecto de ley 13535/2005, de que el infractor ingresa y egresa del penal “como Pedro en su casa”, lo cual certifica el fracaso del “sistema” y demuestra la falacia de que la pena siga alguna finalidad función preventiva o de resocialización. Finalmente, el proyecto legislativo N° 13625/2005 de la parlamentaria Enith Chuquival Saavedra, en sus motivos, en buena cuenta reitera los mismos argumentos, tales como el aumento de la inseguridad ciudadana, que las sanciones impuestas a los autores de un delito no son suficientes, ya que luego de salir en libertad cometen nuevos delitos que son juzgados como si fuera la primera vez, sin castigar la reincidencia, siendo que la reincidencia busca generar una intimidación por la anterior condena (Congreso de la República - Expedientes virtuales).

Los proyecto de ley antes citados, expresamente señalan como problemática la acentuación de los registros de criminalidad, lo cual para ellos demostraría, que las penas no han sido aptas para decrecer los registros de criminalidad, y justifican la necesidad para incorporar la reincidencia para agravar cualificadamente la pena, porque si el agente vuelve a delinquir es porque la pena no ha cumplido su finalidad precautoria, defensora y resocializadora (función preventiva especial de la pena) y con la incorporación de la reincidencia buscan transmutarla en una medida disuasiva (función preventiva general negativa o intimidatoria). Es decir, por un lado, atribuyen el revés de la utilidad preventiva especial de la pena únicamente al agente infractor, sin tomar en cuenta que los actores para conquistar la misión preventiva especial de

la pena, es decir para reeducarlo, rehabilitarlo y resocializarlo a quien cumple una pena, no es solo el agente del delito o el interno, sino principalmente el Estado, por medio de su ente rector comisionado a ejecutar el tratamiento penitenciario, que recae en el Instituto Nacional Penitenciario. Por otro lado, con la incorporación de la reincidencia, pretenden lograr que el agente que anteriormente ha perpetrado un delito y ha cumplido su pena, al saber que si vuelve a delinquir va a recibir una pena más grave, le ocasione temor a recibir esa pena más grave, y que ese temor finalmente es el que evitaría o lo desmotivaría para volver a delinquir. Precisamente esos dos enfoques son parte del problema que motiva la presente tesis.

El proceso legislativo sobre la regulación de la reincidencia en nuestro país, ha sido en líneas generales, el siguiente:

1. El primer Código Penal de 1863, lo reglamento a la reincidencia en el inciso 14 del art. 10 como circunstancia agravante y condicionado su configuración a la comisión reiterante de delitos de la misma naturaleza (reincidencia específica).
2. El Código Penal de Murtua del año 1924, de fuerte impronta positivista, lo reguló en Título XIV del Libro Primero bajo el título de "La reincidencia y hábito en el delito" donde describía tres categorías de reincidencia, por ejemplo sobre la de primer grado en su art. 111 conceptualizaba como reincidente al cumplimiento de los siguientes presupuestos: (i) acatar previamente el integro o una parte del fallo condenatorio; (ii) La pena del anterior y del nuevo delito debía ser privativa de la libertad; y (iii) la recaída en el nuevo delito debe haber ocurrido en el plazo de cinco años.
3. Código Penal de 1991 promulgado el 03 de abril de 1991, reseñó vía su Exposición de Motivos que, no resultaba valido mantener en nuestro sistema normativo esas formas anormales de sancionar (reincidencia) las cuales escudan su rigor en la forma de vida de la persona (derecho penal de autor). Agregó que, la Comisión Revisora del código penal había estimado que carecía de toda "lógica, humanidad y sentido jurídico", para vía la reincidencia efectuar un aumento significativo de la sanción para el nuevo injusto penal, pese a no existir justificación alguna más que

la sola presencia de una o diversas sanciones previas que ya han sido cumplidas o ejecutadas. Añadió la comisión revisora, que, imponer sanciones considerando los delitos cometidos con anterioridad, cuyas penas habían expirado, implicaba la vulneración *del principio bis non inidem*, principio legalizado en el inciso 11 del artículo 233 de nuestra carta magna. La comisión revisora estaba conformada por destacados juristas, los mismos que concluyeron, que la experiencia había probado que la severidad de las sanciones aplicadas bajo el argumento de la “reincidencia”, había sido inútil para intimidar al agente, de acuerdo a los postulados de la “prevención general”, por esas razones, la Comisión Revisora adoptó la determinación de no incluir en el proyecto la reincidencia, por considerarlo un residuo del positivismo criminológico.

4. El día 9 del mes de mayo del año 2006 se oficializo la publicación de la ley 28726, la cual a través de su artículo 2 incorporó a nuestro Código Penal la reincidencia vía el art. 46-B, cuyo texto se puede resumir en los siguientes presupuestos configurativos: (i) concretar anticipadamente la totalidad o una parte de la condena administrada; (ii) la pena ejecutada previamente deber ser privativa de la libertad; (ii) realización de un nuevo delito doloso; y (ii) los efectos se materializa en el incremento de la pena en un tercio por sobre el máximo de la pena conminada.
5. Posteriormente el referido artículo 46-B fue sometido a diversas reformas, aumentando progresivamente la agravación de las penas al reincidente y también prohibiendo ciertos beneficios penitenciarios, entre ellos la semilibertad y la liberación condicional.
6. Reincidencia en materia de terrorismo: El art. 9 del Decreto Ley N° 25475 oficializado el 05 de mayo del año 1992, también estableció la reincidencia como agravante de la sanción para los delitos de terrorismo, sancionando a los mismos a través de penas de privación de la libertad no menor de treinta años, para quienes repiten en otro ilícito antes de diez años de haber cumplido la sanción por el ilícito anterior.

6.3. DE SU REGULACIÓN ACTUAL.

Previamente a describir la regulación actual de la reincidencia, para muestra de las incoherencias legislativas, es necesario advertir, que cuando se introduce la reincidencia con el artículo 46-B de la norma penal sustantiva vía la ley 28726 publicitada el 09 de mayo del año 2006, fue incorporada a modo de agravante cualificada de la pena; pero por intermedio de dicha ley paralelamente fue incorporada la reincidencia como agravante genérica de la pena, al incorporar el numeral 13 del entonces artículo 46 de la codificación penal sustantiva (hoy totalmente modificado), el cual señalaba que, para determinar la pena navegando entre el marco de la pena conminada, el juez debía atender la gravedad de la infracción y la responsabilidad del agente, siempre que no formasen parte del tipo penal o sea modificatoria de la responsabilidad, considerando entre otras circunstancias “13. La reincidencia”. Por ello tal como lo había notificado el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema 1-2008/CJ-116, la reincidencia fue configurada a modo de circunstancia común y a su vez como circunstancia cualificada en el artículo 46-B. Dicha regulación motivo para que en el referido acuerdo plenario se indicara que, a efectos de tener por lo menos una coherencia legislativa, en mérito al principio de legalidad, una misma circunstancia no podía ser valorada dos veces a la vez; entonces consideró que la agravante de la reincidencia debía apreciarse únicamente como circunstancia cualificada, pues la finalidad de su reincorporación de dicha institución al ordenamiento penal fue para posibilitar acrecentar la sanción penal por arriba del límite superior legal de la pena básica. Hoy finalmente el legislador ha eliminado toda posibilidad de valorar a la reincidencia como agravante común genérica y sólo lo considera como agravante cualificada.

El texto original de la reincidencia contenido en el artículo 46-B de la codificación penal sustantiva que fue introducido por medio de la Ley 28726 del año 2006, ha sufrido hasta este año 2018 seis modificaciones, básicamente, en cuanto a los efectos agravatorios de la sanción para la persona reiterante, en cuanto al plazo de la reincidencia de acuerdo al tipo de delito y en cuanto a las penas en las cuales procede. Tal es así que actualmente la descripción de dicha agravante según la última variación llevada a cabo vía decreto legislativo N° 1181, publicitado el 27 de julio del año 2015, tiene un texto que se puede resumir en los siguientes presupuestos

configurativos: (i) haber acatado anticipadamente la totalidad o una parte de la condena aplicada; (ii) la pena ejecutada previamente puede ser de cualquier clase; (iii) caer en un nuevo delito doloso; (iv) como regla general el nuevo delito doloso debe haber ocurrido en un plazo no mayor de cinco años, excepto para ciertos delitos graves enumerados taxativamente para los cuales no opera plazo alguno; (v) los efectos se materializa en el incremento de la pena en una mitad por sobre el máximo de la pena conminada como regla general para todos los delitos, excepto para los denominados delitos graves enumerados taxativamente para los cuales se extiende la pena en dos tercios por sobre el máximo de la pena conminada y adicionalmente se le proscribe acceder a los beneficios de liberación condicional y semilibertad; y (vi) también se regula la reincidencia en la faltas dolosas.

Esa descripción permite verificar que, en cuanto a las clases de reincidencia, legislativamente hemos adoptado una reincidencia genérica y real. Pero, también permite constatar la progresiva ampliación de la aplicación de la reincidencia, pues en su transcripción primigenia establecía como premisa el cumplimiento parcial o integral de una sentencia de privación de la libertad, pero en su actual redacción modificada se aplica a toda clase de pena. Es más, se extiende la aplicación de la reincidencia a las faltas, que son infracciones de bagatela.

En un momento con la modificación efectuada por la ley 29407, publicitada el 18 de setiembre de 2009, la posibilidad de tener la condición de reincidente estaba sujeta a un límite temporal, esto es que, el renovado ilícito doloso se cometa en un lapso de cinco años luego del cumplimiento parcial o integral de la condena previa; pero después mediante la modificación introducida por la ley 30076 publicitada el 19 de agosto del 2013, se excluye el límite temporal de cinco años para ciertos tipos penales graves (secuestro, homicidio calificado, feminicidio, hurtos y robos agravados, extorsión, entre otros); por lo que, para dichos delitos gravosos, es irrelevante el tiempo que transcurra desde la conclusión de la pena del delito precedente y el nuevo injusto penal concretado, pues si la persona recae en dichos delitos perpetuamente se le aplicara la agravación de la pena por reincidencia. Estos mismos efectos temporales se mantienen en la actual descripción del artículo 46-B del catálogo penal sustantivo; lo cual como referí anteriormente implícitamente anula la rehabilitación

automática, pues en determinados delitos el agente luego de haber cumplido su pena, sus antecedentes penales nunca van a ser cancelados de manera definitiva. Por ello, el tercer párrafo del artículo 69 de la norma penal sustantiva puntualiza que, los antecedentes penales devenidos de una pena de privación de la libertad deberán ser cancelados provisionalmente por el plazo de cinco años, en tanto la cancelación acaecerá de manera definitiva si transcurre dicho plazo (cinco años sin cometer nuevo delito) y no media reincidencia. Lo cual desconoce la esencia de la rehabilitación y el cumplimiento íntegro de la condena.

La descripción actual del artículo 46-B del catálogo penal sustantivo, también establece una diferenciación de las consecuencias agravatorias de la pena según el injusto penal objeto de reincidencia. Eduardo Ore Sosa lo clasifica como reincidencia básica y reincidencia cualificada (ORE SOSA, pág. 18). En principio, la referida norma penal sustantiva indica que una vez verificada la reincidencia su efecto inmediato es elevar la sanción en la mitad por sobre el límite superior de la pena conminada (reincidencia básica); pero, luego en su tercer párrafo menciona que, si la reincidencia es verificada en determinados delitos calificados como graves, se incrementa la sanción en dos tercios por sobre el límite superior de la pena conminada (reincidencia cualificada). Ello lógicamente evidencia una total afectación al principio de proporcionalidad, ya que se permite crear nuevos marcos de pena básica por encima de los que antes era los topes máximos de cada ilícito, en donde por ejemplo el tope delictivo de lesiones graves por violencia familiar cuyo límite máximo de pena es de doce años, su nuevo máximo quedará en veinte años (dos tercios por sobre el máximo legal), esto es una sanción más grave que el homicidio simple donde se afecta un bien jurídico más importante como es la vida de una persona.

6.4. DE SU DESARROLLO POR EL ACUERDO PLENARIO N° 1 -2008/CJ-116.

La Suprema Corte de nuestro país, inicia en su fundamento décimo segundo del acuerdo plenario 1-2008, reconociendo a la reincidencia como una institución muy controvertida, cuya incorporación tenía como propósito lograr una superior opresión penal, motivada en razones de “prevención especial”, justificada por la “mayor peligrosidad del sujeto”, lo cual detenta un prominente “valor simbólico social”. Luego,

agrega que el supremo interprete de la constitución había concluido aseverando la compatibilidad de la reincidencia con el principio de culpabilidad a partir de la óptica de la supremacía constitucional de dicho principio. Es decir si bien la Corte Suprema hace referencia a cuestionamientos a la adhesión de la reincidencia a nuestro ordenamiento penal, no profundiza más en ello, a razón de que el 19 de enero de 2007, es decir con anterioridad a la fecha de emisión del acuerdo plenario, el supremo interprete de la carta fundamental, ya había emitido sentencia en el proceso de inconstitucionalidad planteado en oposición a la ley 28726 tramitado en el proceso N° 0014-2006-PI/TC, en el cual había declarado infundada la demanda contra la reincidencia y por ende conforme con la constitución.

Entonces, la Corte Suprema sin tapujos revela que la figura de la reincidencia descansa en la peligrosidad del sujeto, la cual genera un impacto en la comunidad (efecto simbólico social); por lo que el recurrir a esta institución y calificarla como agravante de la pena constituiría una respuesta simbólica a la preocupación existente en la colectividad: un mayor encierro para aquellos delincuentes que, al llevar una vida inclinada al delito, merecen el mayor castigo, por ser entes despreciables socialmente (Benavente Chorres, pág. 255). En ese mismo entorno, Benavente Chorres expresa agregando que, los mensajes simbólicos no constituyen la máxima aspiración de un Derecho Penal que busca el equilibrio entre las garantías y la eficacia de la persecución de delitos; no obstante, como la propia Corte Suprema ha señalado, si el TC declaró constitucional la reincidencia, por ejemplo, al no afectar el principio de culpabilidad, entonces, al menos como discurso oficial, no se podría postular lo contrario (Benavente Chorres, pág. 255). Pues, jurisdiccionalmente, por el fallo del máximo tribunal de control constitucional, no hay otra alternativa que aplicar la institución de la reincidencia, sin la posibilidad siquiera para un juez de realizar control difuso. Pero ello no limita a que sea cuestionada desde la perspectiva doctrinaria a partir de fundamentos científicos y demostrables, así como desde la perspectiva convencional, para proponer de lege ferenda su supresión, como ocurrió con el párrafo 48 del catálogo penal alemán.

Desarrollando la reincidencia, el Acuerdo Plenario, en su fundamento 12, señala en síntesis que, se considera reincidente a aquella persona que por la reiteración de

infracciones penales trasluce su proclividad a perpetrarlos, de tal forma que el plus de la sanción se dirige a corregir esa propensión delictiva. Sin embargo, debemos de recordar que cuando se imponen penas que sobrepasan los extremos máximos señalados por la ley, cuyo caso típico es la reincidencia, el exceso de la pena se soporta en la estimación de los antecedentes criminales de una persona, esto es, en la peligrosidad de la persona que es propio de un derecho penal de autor o de ánimo y no de acto. Por consiguiente, el acuerdo plenario acepta a la peligrosidad del sujeto como sustento de la reincidencia, lo cual implica adoptar un derecho penal de ánimo, que se encuentra vedado por el principio de culpabilidad.

El Acuerdo Plenario N°1 -2008/CJ-116, lejos de ingresar al desarrollo de las posturas doctrinarias de la reincidencia, solamente se limitó a fijar doctrina legal, es decir doctrina basada en la ley, o más concretamente doctrina de acuerdo a la redacción legislativa descrita por el artículo 46 B de la norma penal sustantiva, a partir de lo cual fija reglas de interpretación de dicha norma y establece la finalidad que tuvo el legislador en su inclusión, sin tener en cuenta otros criterios científicos o doctrinarios. Ello se aprecia porque en el fundamento jurídico 10 del referido acuerdo plenario, la Corte Suprema señala en síntesis que, los supuestos de reincidencia descrito el artículo 46 B presentaba en ese momento una deficiente técnica legislativa, lo cual debía ser subsanado por el juez para usar con neutralidad dicha institución. Por ende, el juez debía valerse de los principios de interpretación tomando en consideración la intención del legislador, los precedentes normativos internacionales y locales, al igual que la finalidad político criminal de la norma. Pues no olvidemos que dicho acuerdo plenario fue emitido el 18 de julio de 2018, cuando estaba vigente la original descripción del artículo 46 B de nuestro catálogo penal sustantivo introducido mediante ley 28726, descripción en la cual efectivamente por ejemplo no fijaba un límite temporal y era necesario fijar criterios de interpretación.

Una de las primeras reglas que se fija en el fundamento 8 del acuerdo plenario, es que las circunstancias cualificadas, -condición que tiene la reincidencia-, se aplican para cualquier delito y a su vez habilitan la conformación de un nuevo marco de pena conminada producto de dicha agravante. Es decir, la reincidencia modifica la conminación penal o pena básica del delito cometido y permite la configuración de un

nuevo marco de pena conminada cuyo extremo mínimo será lo que antes era el máximo del delito cometido y el nuevo máximo será el límite que establece el artículo 46-B, que en su redacción original era una tercera parte por sobre el máximo legal originario, pero actualmente dependiendo del delito objeto de reiteración puede ser la mitad o dos tercios por sobre el límite superior legal.

De la misma manera, en el fundamento 12 del indicado Acuerdo Plenario, vía interpretación, fijo varias reglas sustantivas específicas para verificar la configuración de la reincidencia, que en síntesis son las siguientes: 1) Haber cumplido de manera parcial o total la sanción penal de privación de la libertad, la cual debe haber sido de carácter efectiva, mas no admite reincidencia para otra clase de penas. 2) El delito previo, así como el nuevo delito cometido deben ser dolosos; además el nuevo delito debe haber sido cometido posterior al sufrimiento parcial o total de la privación de la libertad proveniente del delito previo. 3) Se trata de una reincidencia genérica, dicho de otro modo, no exige que hecho delictivo posterior se trate de la misma naturaleza, este dentro del mismo título del código, o que deba proteger igual o el mismo bien jurídico. 4) El periodo o intervalo que debe discurrir entre la concreción de parte o de la totalidad de la pena del delito previo y el delito nuevo, debe ser de cinco años. 5) La agravante no se comunica a los partícipes o autores del delito en quienes no concurre la misma.

La reincidencia muestra su impacto en el curso de la determinación judicial de la pena, por ello, la Corte Suprema incide en el fundamento 12 in fine del referido acuerdo plenario que, los efectos agravantes de la pena para el reincidente se sustenta en motivos “de prevención especial” (valoración de la vida del agente antes del delito), por consiguiente, en razones totalmente distintas a las culpabilidad por el hecho, es decir no se sustenta en un aumento de la culpabilidad, toda vez que el principio de culpabilidad concreta una misión limitadora para toda sanción.

Finalmente, el acuerdo plenario, en su fundamento jurídico 13, estableció ciertas pautas de interpretación respecto a la reincidencia, de las cuales concordándolo con las últimas modificatorias al artículo 46 B de nuestro catalogo penal sustantivo, son destacables y vigentes las siguientes pautas: 1) La aplicación simultanea de una igual

circunstancia en dos normas que cumplen roles disimiles; por lo cual señala que la reincidencia no puede cumplir a la vez la función de circunstancia agravante común y de circunstancia agravante cualificada; debiendo cumplir únicamente la función de agravante cualificada. 2) En cuanto a las implicancias de la reincidencia en el proceso para decidir la pena concreta, señala que toda agravante cualificada produce siempre la delimitación de la pena concreta dentro del nuevo marco de pena conminada creado por la reincidencia. 3) Por último, la reincidencia obra hasta cinco años luego de acatar todo o una parte de la sanción previa.

6.5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS Y SU RELACIÓN CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL EXPEDIENTE N° 0014-2006-PI/TC-LIMA.

El 19 de mayo de 2007, el máximo intérprete de nuestra carta magna expidió sentencia en el expediente N° 0014-2006-PI/TC-Lima, a través de la cual, declaró infundada la pretensión de inconstitucionalidad contra la ley 28726 (que introdujo como agravante a la reincidencia), pretensión que fuera peticionada por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

El Tribunal, vía la decisión de fondo emitida a través del proceso N° 0014-2006-PI/TC-Lima, establece un marco constitucional, a partir del cual emprende el control constitucional de la reincidencia y de la habitualidad. Dicho marco de partida lo establece en el fundamento 12, donde en resumen señala por un lado que, si bien el legislador tiene un espacio vasto para delinear la política criminal estatal; pero la carta magna también le impone límites, tales como la prohibición de restringir la libertad personal fuera de lo rigurosamente indispensable, no desnaturalizar la finalidad de la pena y la tutela de bienes constitucionales trascendentes. Reconoce luego en el fundamento 13, que la tesis preventiva general y especial de la pena tienen protección constitucional directa, siempre que sus fines sean conforme a la doble dimensión de los derechos fundamentales y al derecho-principio de la dignidad humana.

Los cuestionamientos a la sentencia del Tribunal, encuentran cabida, debido a que analiza la constitucionalidad de la reincidencia sin tomar en cuenta los

argumentos que en contra de ella esboza la doctrina, la dogmática, la legislación comparada como la alemana, e incluso pronunciamientos emanados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; pues solamente inquiere su constitucionalidad en relación a si contraviene o no principios de la constitución vigente; ello lo manifiesta en el fundamento 16 de la sentencia objeto de análisis, en el cual puntualiza en resumen que, el examen de la constitucionalidad o no contra la norma (28726), no puede analizarse en su disconformidad o no con “doctrinas o construcciones” supuestamente confirmadas por el Derecho; la disensión a la constitución solo será declarada si la ley (28726) se opone a principios o mandatos comprendidos en nuestra carta magna de modo expreso o implícito. Reitera el máximo intérprete de nuestra carta magna que, con el objetivo de decidir la incertidumbre sobre la constitucionalidad de la ley 28726 se omitirán recurrir a la “mayor o menor” consistencia de teorías o posiciones doctrinarias, dado que implicaría coger partida por una determinada doctrina que percibe de una determinada manera a la reincidencia en contraposición a otra que le puede reconocer una naturaleza diferente como institución jurídica. Fundamentos censurables, porque el propio Tribunal Constitucional, en otros diversos pronunciamientos, ha resuelto la controversia asumiendo determinada postura doctrinal o construcción dogmática.

6.5.1. REINCIDENCIA Y EL PRINCIPIO NE BIS IN ÍDEM.

a. Contenido del principio en bis in ídem.

El “ne bis in ídem”, enunciado también como principio “non bis in ídem” proclama la exigencia normativa de que un mismo hecho no puede ser sancionado más de una vez por las normas de un estado, ante la presencia de los mismos elementos (identidad de supuesto: sujetos, hecho y fundamento) no cabe la duplicidad sancionatoria en caso de identidad de hechos, fundamento y sujeto, y, por tanto, ninguna persona debe ser procesada, juzgada ni condenada más de una vez por la misma acción (por el mismo injusto) (Polaino Navarrete, 2004, pág. 341).

El ne bis in ídem entendido como principio, adolece de positivización explícita en nuestra norma suprema, pero su contenido constitucional deriva de manera implícita de debido proceso como derecho continente estatuido en el artículo 139 de nuestra carta magna. A nivel legal tiene reconocimiento expreso en el artículo III del T.P. del catálogo penal adjetivo, cuyo contenido normativo puede resumirse en los siguientes aspectos: (i) prohibición de ser objetito de una sanción o procesamiento múltiple; (ii) exige como requisito la presencia de identidad de fundamento, sujeto y de hechos; y (iii) finalmente se señala que dicha regla se aplica a las sanciones penales y a las sanciones administrativas.

b. Postura del Tribunal Constitucional y postura personal.

En realidad, la vulneración al principio ne bis in ídem, se erige como el mayor cuestionamiento que se hace a la constitucionalidad de la reincidencia, pero en la sentencia materia de análisis, nuestro supremo interprete de la Constitución, en seis fundamentos superficiales terminó justificando que ella no contravenía el principio de ne bis in ídem. Así en el fundamento 19 inicia señalando en resumen que, dicho Tribunal ya había abordado el principio ne bis in ídem a través del fundamento 2 del fallo emitido en el proceso N° 2050-2002-AA/TC, en el cual se había indicado que se trataba del “contenido implícito del derecho al debido proceso”, regulado en el numeral 3 del artículo 139 de nuestra carta magna; cuya reconocimiento tenía sustento en la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional y en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, en el fundamento 19 del fallo expresado en el proceso N° 2050-2002-AA/TC, el supremo interprete de la nuestra Constitución, argumenta en síntesis que, el principio ne bis in ídem posee una composición dual: La versión material o sustantiva y una versión procesal. 1) La versión sustantiva expresa que “nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho”, lo cual significa que ningún ser humano puede ser penado dos o más veces por un mismo delito, siempre que concurra una coincidencia en los hechos, en los fundamentos y en los sujetos. Por otra parte, explica que dicho principio en su vertiente material posee

una conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, los cuales se expresan en la ley previa y ley cierta, con reconocimiento en el inciso 24 literal d) del artículo 2 de la constitución; de tal modo que, si una persona por el mismo hecho y el mismo fundamento es objeto de una segunda condena, implicaría una sanción desproporcionada del injusto penal. 2) La versión procesal, equivale a decir que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, dicho de otro modo, está prohibido someter a una persona a dos procesos distintos por el mismo hecho, lo cual limita o impide la dualidad de procedimientos, tales como un procedimiento administrativo sancionador y al mismo tiempo un proceso penal, y también prohíbe la instauración de un nuevo proceso en cada orden jurídico, tales como dos procesos administrativos con la misma finalidad.

En el fundamento 20 del veredicto emitido en el proceso N° 0014-2006-PI/TC-Lima, el Tribunal expone que la reincidencia estaría relacionada a la interdicción o proscripción de “la doble sanción” por un único hecho, con lo cual la reincidencia incidiría en la versión material o sustantiva del principio ne bis in ídem. En ese sentido, en el fundamento 24 de la sentencia analizada, se describe dos fundamentos principales por los cuales cree que la incorporación de la reincidencia percibida como circunstancia de agravación de la pena no afecta al principio ne bis in ídem. Por un lado, señala que, el primer delito cometido o el delito previo que se toma en cuenta, no es motivo de una sanción adicional ni de una agudización de la misma; solo se tiene en cuenta a fin de “graduar la pena” a imponerse por un delito posterior. Por otro lado, señala que, el nuevo delito cometido o también llamado segundo delito cometido o delito reincidente, no es materia de la imposición de una doble sanción, pues solo se le aplica la pena instaurada para el delito concreto, “agravada” por los antecedentes de una sanción previa.

En sentido distinto, la doctrina mayoritaria acusa a la reincidencia de afectar al principio ne bis in ídem, así Garzón Real y Manjón Cabeza citados por Panta Cueva, señalan que, con la reincidencia “se da una ultraactividad de las consecuencias del delito (...)” (Panta Cueva, pág. 8). La pena se determina producto de la valoración de la conducta y circunstancias que describe un

determinado tipo penal, a la cual se adiciona la valoración de una circunstancia pasada y ajena a dicho tipo penal.

Los efectos de la reincidencia se patentizan en la determinación judicial de la pena; debido a que como lo remarca el A.P. N° 1-2008/CJ-116, ella trae como consecuencia un nuevo marco de pena básica dentro del cual el juez debe determinar la pena concreta; para cuya verificación el Juez necesita tener a la vista la sentencia del delito previo o la hoja carcelaria del agente.

El análisis de la reincidencia en relación a los tres elementos del *ne bis in ídem* - fundamento, hecho y sujeto -, no puede hacerse desde la perspectiva de comparación entre el primer hecho ya sancionado (delito previo) y el hecho reincidente (delito nuevo); pues si comparamos entre el delito previo y el delito nuevo, a lo mucho existirá identidad de sujetos, pero no así de hechos por que efectivamente no son los mismos, los hechos del delito anterior no es el mismo que del nuevo; de igual modo no existe identidad de fundamento, puesto que pueden ser distintos bienes jurídicos afectados en el delito anterior y en el nuevo delito, dado que se ha adoptado por una reincidencia genérica.

Entonces en análisis de la reincidencia con respecto al principio de *ne bis in ídem* debe realizarse según la óptica de la doble valoración que se hace al primer hecho delictivo. Bajo ese contexto tenemos que con la reincidencia existe identidad de hecho, porque el hecho anterior nuevamente es valorado en el hecho nuevo; y también existe identidad de fundamento, porque el bien jurídico lesionado con el primer delito sirve de sustento para agravar la pena de delito nuevo. La reincidencia contraviene el principio de *ne bis in ídem* como señala en resumen Benavente Chorres, desde la perspectiva de una “prohibición de múltiple valoración”, dado que en el segundo proceso se sanciona el delito reincidente pero también se vuelve a valorar el delito anterior ya sancionado; es decir la pena es producto de la valoración del primer delito cometido y del delito reincidente (Benavente Chorres, pág. 201); esto es una doble valoración. Ello debido a que los efectos de la reincidencia concebida a modo de agravante cualificada, no agrava la pena del segundo delito dentro del marco de la pena básica del mismo, sino que modifica la

pena básica del segundo delito configurándose o creándose un nuevo marco de pena conminada o básica.

Es claro que, en estricto no se trata de una sanción doble por el mismo hecho, sino, como puntualiza el profesor Reátegui Sánchez citado por Ore Sosa, se trata de una doble valoración (Ore Sosa, pág. 6), lo cual supone la lesión a la acepción material del principio ne bis in ídem; y con ello la evidencia de su inconstitucionalidad manifiesta.

En el mismo sentido, Edgardo Donna señala en síntesis que, con la reincidencia se contraviene el principio non bis in ídem, debido a que la pena precedente se toma para agravar la pena que se emite, de tal modo que se expresa una doble condena (Donna, 1984, pág. 31). Por su parte, Eugenio Raúl Zaffaroni, citado por Benavente Chorres, comparte la idea de que, la agravación de la pena de un delito tomando en consideración un delito previo ya juzgado transgrede el principio en comento, por ello denuncia la inconstitucionalidad de la agravación de la pena por reincidencia, porque afecta la cosa juzgada (Benavente Chorres, pág. 202).

Por ello considero, como lo sostuvo la Comisión revisora de la norma penal sustantiva, que la reincidencia sustenta su agravación en un hecho anterior por el cual ya fue sentenciado, y valorar ese hecho anterior para aumentar la pena en un segundo hecho es evidente que contraviene el principio ne bis in ídem. Esta afectación al referido principio lógicamente se produce al considerar a la reincidencia bajo la condición de agravante cualificada (no cuando es concebida como agravante genérica, pues en tal caso no se modifica el marco de la pena básica), dado que instaura un inédito margen de pena para el nuevo ilícito, en función a un injusto penal previo (arts. 46-B CP), lo cual es muestra evidente de violación al principio ne bis in ídem. De allí que como cita Eduardo Alcocer Pavis, se valora doblemente el mismo hecho para “crear” una nueva pena (Alcocer Pavis, 2008, pág. 254).

6.5.2. REINCIDENCIA Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

a. Contenido del principio de culpabilidad.

El delito en su definición convencional y pacífica es comprendido como aquella conducta que encuentra subsunción en una determinada norma penal prohibitiva, conducta que de ninguna manera puede ser justificada y más bien es antagónica al ordenamiento jurídico, y finalmente dicha conducta tiene que ser imputable a una determinada persona, que es la llamada culpabilidad. Entonces la pena se impone al ejecutor culpable de esa conducta que ha superado los niveles de subsunción típica y de contrariedad al orden jurídico.

Siguiendo a Polaino Navarrete, se puede extraer en síntesis que el principio de culpabilidad posee dos puntos de vista: a) primero, no se puede concebir la pena en ausencia de culpabilidad; y b) segundo, agrega que, la sanción a infligirse deber guardar proporción al nivel de culpabilidad del agente (Polaino Navarrete, 2004, pág. 347). El primer aspecto del principio de culpabilidad, lo ha plasmado nuestro legislador en el artículo VII del T.P. de la nuestro catalogo penal sustantivo, con el nombre de principio de responsabilidad, el cual describe la interdicción de todo tipo de responsabilidad objetiva, de modo que, solo la determinación de la responsabilidad penal puede dar lugar a la imposición de una pena.

Pues bien, siguiendo las ideas manifestadas por Zugaldia Espinar, el principio de culpabilidad repercute en dos aspectos de la responsabilidad penal: (i) la culpabilidad como presupuesto de la pena, para lo cual se requiere de una culpabilidad por el hecho y no de autor, la prohibición de toda responsabilidad por el solo resultado (dolo o culpa), se reconoce el error de prohibición y la exigencia de imputabilidad o capacidad de culpabilidad; y (ii) la culpabilidad como presupuesto para individualizar la sanción, de tal modo que la pena debe ser la que corresponde a la culpabilidad por cada hecho, mas no motivadas por pura necesidad de prevención (Zugaldia Espinar, 2005, págs. 1094-1095).

b. Postura del Tribunal Constitucional y postura personal.

En la sentencia motivo de análisis, el Supremo Tribunal de Constitucionalidad desarrolla el concepto de principio de culpabilidad como parte de la estructura del tipo penal, identificando sus elementos que a decir de Bramont-Arias Torres, son, el conocimiento o conciencia de la antijuricidad, imputabilidad y exigibilidad de otra conducta (Bramont-Arias Torres, 2000, pág. 242); pero además también identifica la culpabilidad con la ponderación de la pena de acuerdo al nivel de culpabilidad, que Polaino Navarrete lo llama la segunda vertiente de dicho principio. Así en el argumento 23 de la sentencia, nuestro supremo interprete de la Constitución, delimita en sinopsis que, el principio de culpabilidad implica que, para aplicar una pena se requiere la presencia de culpa o dolo, la comprensión de la antijuricidad o de la punibilidad, la aptitud o exigibilidad de comportarse de acuerdo a las normas (imputabilidad) y de un estado o condición normal para la motivación del agente (exigibilidad). Dicho principio implica igualmente que, la pena individualizada debe ser proporcional al injusto penal.

La Constitución no abraza una descripción textual del principio de culpabilidad, pero el Tribunal lo ha reconocido como principio fundamental a partir de una exegesis del principio de legalidad y de proporcionalidad, los cuales sí tienen reconocimiento expreso en la constitución. Así en cuando al principio de legalidad penal, en el considerando 28 de la sentencia en comento expresa a modo de epítome que, la legalidad como principio se halla legitimado en el numeral 24 literal d) del artículo 2 de nuestra carta magna, en donde señala la prohibición de procesar o sancionar por alguna acción u omisión si al momento de su realización no se encuentra tipificada como ilícito penal. Respecto al principio de proporcionalidad de la sanción, en el fundamento 32 de dicha sentencia indica a modo de resumen que, el referido mandato de optimización ha sido positivizado en el párrafo final del artículo 200 de nuestra norma suprema (que se refiere a obligación del juez de juzgar la proporcionalidad de un acto restrictivo ante la interposición de cualquier acción de garantía constitucional); agrega en términos generales que, la proporcionalidad como principio produce repercusiones en todas las fases del proceso encauzadas a la aplicación de la pena, tanto en la delimitación legal, en la delimitación judicial o, en caso corresponda, en la delimitación penitenciaria de la pena. Concluye en el fundamento 36, también a

modo de síntesis que, el principio de culpabilidad se deriva de los principios de legalidad y proporcionalidad. En tal sentido, la legitimación constitucional de los principios de proporcionalidad y legalidad, permite colegir en la constitucionalización del principio de culpabilidad.

La culpabilidad se entiende como la probabilidad de asignar o endilgar una conducta desvalorada típica y antijurídica a su autor. En principio se realiza el examen de la tipicidad y antijuricidad de una conducta y finalmente el examen de culpabilidad que se traduce en escrutar si esa conducta es factible atribuirle a la persona imputada, pero siguiendo las ideas de Bramont-Arias Torres, la culpabilidad es una cualidad imputable a una persona por el delito realizado, pero no es una cualidad inherente de dicha persona (Bramont-Arias Torres, 2000, págs. 233-234). El principio de culpabilidad así entendido, prohíbe tomar en cuenta el modo de vida de la persona o los delitos previos para agravar la pena por un nuevo delito. El Tribunal Constitucional también toma nota de ello, en el fundamento 37 de la sentencia en comento, al señalar en síntesis que, en la reincidencia se valora los “antecedentes” delictuales del agente a efectos de intensificar la sanción a imponer por el nuevo ilícito penal en el que ha incurrido, implica desde el punto de vista criminológico, una constatación del modo de “vida delictiva” del imputado lo cual justifica la administración de una superior sanción a dicho imputado distinta a la que pertenece por el delito en concreto. Agrega el Tribunal que, el “principio de culpabilidad clásico” reclama que la intensidad del reproche a imponer a un sujeto por un delito se estructure en base a “la valoración de tal acto y no de otro”. En mérito al principio de culpabilidad clásico, es el tipo penal que subsume una conducta delictiva el cual señala la demarcación o frontera para conocer cuales conductas corresponde o no corresponde ser valoradas. Finalmente señala el Tribunal que, el principio de culpabilidad clásico ocasiona la prohibición de valorar otros delitos previos cometidos, esto es aspectos ajenos a la conducta que describe un tipo penal.

Posteriormente, el TC distingue o diferencia al principio de culpabilidad en las condiciones antes expresados (al cual lo llama principio de culpabilidad clásico), con lo que llama el principio de culpabilidad constitucional. En el argumento 38 de

la sentencia, dicho Tribunal argumenta en síntesis que, el principio de culpabilidad constitucional implica que, a efectos de delimitar el nivel de reproche por un delito cometido, la reincidencia autoriza al juzgador a valorar “otros delitos” cometidos precedentemente, para determinar el grado de reproche a la conducta que ha dado lugar al nuevo delito cometido. De tal modo que, si el juez verifica que existe otros delitos anteriormente cometidos, ello constituirá un elemento para agravar el reproche del nuevo delito, y el imputado perpetrador del nuevo delito será pasible de una mayor sanción en comparación a la pena que hubiese recibido si el nuevo delito fuese valorado de modo aislado.

El Tribunal concluye afirmando la constitucionalidad de la ley 28726 en cuanto regula la reincidencia, conclusión que lo apoya en según afirma, porque al interpretar constitucionalmente los artículos 2°, inciso 24, literal "f", 37°, 140° y 173° de la Constitución, lo encamina a sostener que el principio de culpabilidad no es posible ser examinado de modo aislado, sino conjuntamente con otras actuaciones que componen los antecedentes de la persona, con el propósito de ponderar de manera “proporcional” el nivel de reprobabilidad merecido por el imputado.

Dicho fundamento evidencia total ausencia de razones lógicas para amparar la constitucionalidad de la reincidencia; pues las normas constitucionales antes citadas por el TC no tiene ninguna correspondencia con el principio de culpabilidad o la reincidencia, pues el inciso 24 literal f del artículo 2 se refieren a la detención (ya sea vía mandato judicial o por flagrancia), el artículo 37 a la extradición, el 140 a la pena capital y el 173 a la competencia de la jurisdiccional militar por delitos de función; entonces no se entiende cómo dichas normas constitucionales tienen correspondencia con el llamado principio de culpabilidad constitucional.

De acuerdo al TC, el principio de culpabilidad clásico, entiende que la culpabilidad de la persona proviene de la una conducta que se subsume en concreto delito, ignorando cualquier otra circunstancia, tales como algún otro delito materializado con antelación. Por el contrario, el principio de culpabilidad constitucional tiene un contenido diferente, a saber, la persona es imputable de una acción humana subsumible en un concreto delito y a su vez es posible tomar

en cuenta los antecedentes delictivos. En ese contexto Benavente Chorres citando a Carlos Parma, señala en resumen a modo de crítica que, se ignora las fuentes de las cuales se ha valido el TC para efectuar la referida diferenciación del “principio de culpabilidad” (Benavente Chorres, pág. 210).

El principio de culpabilidad tiene expresión en tres sub principios, el principio de la culpa o el dolo, según el cual está vedado endilgar responsabilidad a una persona por el simple resultado (exclusión de la responsabilidad objetiva); el principio de imputación personal, esto es que la responsabilidad es individual, limitada a quienes son autores y partícipes del injusto, descartándose la responsabilidad colectiva; y, el principio de responsabilidad o también denominado culpabilidad por el hecho, según el cual, nuestro derecho penal se sustenta en una responsabilidad penal de acción y no de autor.

La agravación de la sanción por la condición de reincidente quebranta o contraviene el sub principio de culpabilidad, pues dicha condición agrava la pena del segundo delito teniendo en cuenta la forma de vida de la persona, es la consagración del derecho penal de autor. El Perú es acorde a lo indicado por el artículo 43 de la carta magna un estado social y democrático de derecho, lo cual únicamente es armonizable con el derecho penal de acto. En ese contexto, Felipe Villavicencio señala en síntesis que, la pena debe asociarse a una conducta concreta especificada en determinado tipo penal, por ello la pena personifica únicamente “la respuesta al hecho individual”, pero no al modo de vida del autor. El principio de responsabilidad por los hechos, implica dos efectos: Primera, nadie puede ser castigado por sus deseos, esto es que, para el derecho penal carece de trascendencia las conductas internas que no se manifiestan en el terreno exterior. Segundo, la prohibición de justificar la responsabilidad penal o la agravación de dicha responsabilidad en el temperamento o modo de ser de una persona (Villavicencio Terreros, 2014, págs. 113 - 114 - 115).

De lo expuesto, puedo concluir que no existe diferencia entre el principio de culpabilidad reproducido en el artículo sétimo del T. P. de la norma penal sustantiva, con aquello al cual el TC ha denominado principio de culpabilidad

constitucional. Es innegable que, con la institución de la reincidencia como condición agravante cualificada de la pena, se vulnera el principio de culpabilidad por el hecho.

6.5.3. REINCIDENCIA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

a. Contenido del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad puede ser entendido desde dos perspectivas, que es necesario precisar a efecto de evitar confusiones. Por un lado el principio de proporcionalidad entendido como criterio a fin de determinar la pena, al cual identificaremos como principio de proporcionalidad en materia penal; y por otro lado el principio de proporcionalidad entendido como criterio para ponderar la constitucionalidad de aquellas normas que asignan tratos desiguales o que colisionan con determinados derechos, al cual lo identificaremos como principio de proporcionalidad en materia constitucional, con sus tres sub principios, los cuales invocados en secuencia son el de idoneidad, de necesidad y ponderación en estricto sentido.

El denominado principio de proporcionalidad en materia penal, en ideas de Benavente Chorres, expresa en resumen que, dicho principio implica un equilibrio “ideal o valorativo entre el delito y la pena”, lo cual se expresa en la ponderación que debe expresar el parlamentario en la ley (ponderación abstracta) y en la ponderación realizada por el juez en un caso en concreto (proporcionalidad concreta) (Benavente Chorres, pág. 216). Es decir, aquella correlación entre delito y sanción, entre bien jurídico protegido y la pena a imponerse por afectación al mismo, por ejemplo, no sería proporcional a quien mata sancionarle con una pena menor que al que roba, pues definitivamente el bien jurídico vida prevalece sobre el bien jurídico patrimonio, aunque al parecer nuestros legisladores no lo entienden así. El principio de proporcionalidad, en ideas de Polaino Navarrete, demanda “una armónica articulación del sistema de penas previsto en el Código Penal”, de tal modo que los delitos sean sancionados con penas justas, que sean proporcionales a la gravedad del delito considerada de modo individual y congruente en

comparación a la pena estipulada respecto al resto de los delitos tipificados en el cuerpo legal (Polaino Navarrete, 2004, pág. 338).

“El *"principio de proporcionalidad"* o también denominado principio de *"prohibición de exceso"*, en su pretensión fundamental a la ponderación de la pena, contiene la exigencia de dos aspectos principales: una *proporcionalidad abstracta*, en virtud de la cual no pueden existir conminaciones desproporcionadas en abstracto, esto es, en la letra del Código; y una *proporcionalidad concreta*, que prohíbe la imposición real y efectiva de una pena desproporcionada (Polaino Navarrete, 2004, pág. 339). Entonces, el principio de proporcionalidad, siguiendo la noción de Polaino Navarrete, se concibe desde un doble punto de vista, como un límite hacia el legislador (al momento de conformar la norma penal) y como un límite hacia el juez (al momento de aplicar la norma) (Polaino Navarrete, 2004, pág. 339).

La proporcionalidad de las penas como principio, es lo que deberían tener en cuenta nuestros legisladores, pues no se puede seguir al deseo del pueblo ante un determinado fenómeno delictivo, debido a que, si emulan los anhelos del pueblo, se podría llegar a la exageración de castigar a todos los delitos impopulares con penas tales como la pena de muerte o la cadena perpetua. Ello se manifestó por ejemplo con el delito de Violencia Contra la Autoridad Agravado, cuando la acción es dirigida contra un efectivo policial, tipificado en el artículo 366 con las agravantes del segundo párrafo del artículo 367 del catálogo penal sustantivo, que tuvo su expresión popular en el caso Silvana Buscaglia, delito en el cual la sanción es entre ocho a doce años de sanción privativa de la libertad, pena absolutamente desproporcional verbigracia en comparación con el tipo penal de Homicidio del artículo 106 del catálogo penal sustantivo, el cual provee una sanción entre seis a doce años de privación de la libertad; lo cual dio lugar para que lo Corte Suprema en el fundamento jurídico ocho del plena extraordinario N° 1-2016/CIJ-116 señalara que la pena del ilícito penal de violencia contra la autoridad era desproporcional al bien jurídico objeto de tutela.

En nuestro país, el principio de proporcionalidad penal ha sido cristalizado vía el artículo ocho del T.P. de nuestra norma sustantiva penal, donde se describe que la sanción penal está proscrita para exceder la responsabilidad por el hecho. Principio que fuera violentado por el legislador cuando mediante la misma ley 28726 que incorpora la reincidencia agregó que dicha norma es inaplicable para los casos de reincidencia.

Por otra lado encontramos al principio de proporcionalidad como método a fin de evaluar la constitucionalidad de aquellas normas que colisionan entre sí, o mejor dicho para analizar la colisión entre dos derechos fundamentales, o entre dos bienes jurídicos constituciones o entre un derecho fundamental y un bien jurídico constitucional, como por ejemplo el derecho fundamental a la libertad de tránsito vs el bien jurídico constitucional seguridad ciudadana, tal como sucedió en el fallo emanado por el TC en el proceso N° 3482-2005-PHC/TC Lima, más conocido como el caso las rejas, el cual lo resolvió aplicando el test de proporcionalidad considerando sus tres sub principios.

b. Postura del Tribunal Constitucional y postura personal.

Sobre el principio de proporcionalidad de la pena, el TC ha destacado por medio del fundamento 46 del fallo materia de análisis que, en el referido principio se debe diferenciar dos aspectos. Primero, la proporcionalidad entre los delitos y las penas. Segundo, la obligación de que la dimensión de la proporcionalidad se instaure en razón de la relevancia o nocividad social del hecho. El Tribunal argumenta que, el derecho penal vigente en todo Estado democrático, tiene la obligación de establecer la magnitud de las sanciones de acuerdo a la importancia que la colectividad le otorga esas conductas sancionadas y de acuerdo al nivel de 'nocividad social' de agresión al bien objeto de tutela.

En el fundamento antes expuesto, se aprecia que para el Tribunal la pena es proporcional si guarda coherencia con el delito y el nivel de lesión al bien jurídico que protege la sociedad. Por el contrario, con la reincidencia se desborda ese marco del injusto penal cometido y evoca otros injustos penales pasados.

En la sentencia en comento, el TC, analizó la constitucionalidad de la ley 28726 (ley que introduce la reincidencia), de acuerdo al denominado principio de proporcionalidad constitucional, con los tres sub principios que conforman dicho principio: idoneidad, necesidad y ponderación.

En cuanto al sub principio de idoneidad, en el fundamento 43 de la sentencia en comento, el TC argumenta en resumen que, a su juicio, las normas reformadas (mediante la ley 28726) superan el examen de idoneidad. Agrega que, mediante la disposición (ley 28726), el órgano legislativo ha buscado un “objetivo constitucionalmente legítimo”, ya que es deber fundamental de todo el aparato estatal garantizar la seguridad ciudadana y proteger el respeto efectivo a los derechos fundamentales. Al respecto considero que el objetivo es constitucionalmente legítimo, pues efectivamente es deber del Estado proteger al bien jurídico seguridad ciudadana; pero considero que el medio utilizado -la incorporación de la reincidencia como agravante penal- para conseguir ese objetivo, no es el idóneo constitucionalmente y tampoco como política criminal estatal efectiva.

Con el argumento antes descrito, el TC concibe que incrementar la sanción a quienes son reincidentes genera un ambiente de seguridad a la población, a saber, es un medio idóneo para ello. Pero lo real es que desde el año 2006 en que se incorporó la reincidencia como agravante penal, los índices de inseguridad y desconfianza han aumentado; ello, también se delata en los discursos de todos los candidatos a cargos políticos durante épocas electorales, cuyo mensaje recurrente es la inseguridad ciudadana producida por la incidencia criminal. Pues como se verá más adelante, datos estadísticos evidencian que el índice de criminalidad y de reiteración delictiva en el Perú nunca ha decaído en función del incremento del quantum de la sanción; datos estadísticos que son objetivos, por ende, irrefutables. De modo acertado, Benavente Chorres, expresa en resumen que, el bienestar de la población se ha logrado a través de políticas públicas de inclusión socioeconómicas y orientativas en la ciudadanía, mas no por medio del camino de la cualificación penal (Benavente Chorres, pág. 230). Por ende, la agravación de

la pena a los reincidentes no es el medio idóneo para reducir los índices de inseguridad ciudadana.

En orden sucesivo, respecto al subprincipio de necesidad, el TC señala en el argumento 44 del fallo analizado, que dicho principio implica examinar si la participación del legislador mediante la legislación penal es necesaria. Dicho de otra manera, examinar si existen o no otros medios alternativos igualmente idóneos para lograr el mismo objetivo constitucional pero menos lesivos. Agrega que, corresponde examinar si el legislador contaba con otras alternativas igualmente de idóneas, pero menos graves que la reincidencia introducida con la ley 28726. Luego concluye el Tribunal que, no existen otras medidas menos graves que la figura de la reincidencia, porque a su criterio, el injusto penal coloca en tela de juicio la finalidad de la pena y la obligación estatal de garantizar la seguridad ciudadana.

La norma suprema de nuestro país ha positivizado en su artículo 139 inciso 22 como principio el propósito del “régimen penitenciario”, que se expresa en reeducar, rehabilitar y reincorporar a todo condenado a la sociedad. Dicho principio ha sido reiterado en el título preliminar del catálogo de ejecución penal y otras normas reglamentarias. Entonces la estimación hecha por el Tribunal, en el sentido de que no hay otras alternativas menos gravosas que la incorporación de la reincidencia para alcanzar la salvaguarda del bien jurídico seguridad ciudadana, es tan errónea como los argumentos que la sustentan. El problema surge porque se legisla de espaldas a la realidad, pues podrían ser alternativas por ejemplo las políticas sociales o educativas como medidas preventivas, o para el caso de los reincidentes una efectiva ejecución del tratamiento penitenciario tal cual lo señala la norma de Ejecución Penal, el cual conforme al artículo 60 de dicho Código, busca rehabilitar, reeducar y reincorporar al sentenciado a la comunidad. Pero si dichas alternativas no se ejecutan o son deficientes, mal podría afirmarse o estimarse que la única alternativa para quien ha vuelto a delinquir luego de haber cumplido una pena anterior sería agravar su pena, cuando en realidad el Estado por ejemplo no ha ejecutado tratamiento penitenciario alguno orientado a rehabilitar, reeducar y menos reincorporarlo a la sociedad. Pues el propio supremo

interprete de la constitución ha concluido en síntesis en el fundamento 42 del veredicto emitido en el proceso N° 0019-2005-PI/TC (TC, Sentencia exp. N° 0019-2005-PI/TC, 2005) que, toda norma emitida como parte de la política criminal de todo Estado será contraria a la constitución si instituye medidas en contra de los derechos fundamentales o cuando no protege los fines de la pena.

Luego en el fundamento 45 del fallo materia de análisis, el Tribunal argumenta que, el subprincipio de proporcionalidad, supone o significa que, para considerarse legítima la actuación legislativa sobre un derecho fundamental, el nivel de concreción del fin constitucionalmente legítimo debe ser, proporcional al nivel de menoscabo a la libertad personal. Agrega que, la norma cuestionada (28726) supera el subprincipio de proporcionalidad. Pues reitera que, así como el estado está obligado a proteger la libertad personal como derecho fundamental, al mismo tiempo posee la obligación de salvaguardar la paz o la seguridad de las personas ante todo delito como bienes jurídicos supremos. El TC concluye que, la intromisión legislativa en la libertad personal, mediante la ley 28726 -que incorporó entre otras la reincidencia-, no contraviene el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso; por ello confirma su constitucionalidad.

Para superar el sub principio de ponderación, los beneficios alcanzados con la incorporación de la reincidencia deben ser mayores que los costos. Lo cual indudablemente no ha sido así, por cuanto la reducción de la incidencia delictiva como finalidad inmediata y medita pretendida por el legislador en absoluto ha sido alcanzada y, por ende, tampoco se ha logrado intensificar la protección de la seguridad ciudadana y de los derechos fundamentales de las personas víctimas de la incidencia delictiva.

En realidad, la decisión emitida por el TC confirmando la constitucionalidad de la ley 28726, fue una decisión predecible, debido a que, con anterioridad, esto es el 9 de agosto del año 2006 (fecha en que ya estaba promulgada la ley 28726), el máximo intérprete de la constitución emitió el fallo en el proceso N° 003-2005-PI/TC, en cuyos fundamentos 43 a 74 concluyó confirmando la constitucionalidad del artículo 9 del secreto ley 25475, el cual regula sobre la reincidencia en los

delitos de terrorismo. Entonces, invocando el principio de predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales, resultaba poco probable que el Tribunal modificara su criterio al analizar la constitucionalidad de la ley 28726, tal es así que incluso en la segunda sentencia utiliza los mismos argumentos de la primera.

Finalmente, no cuestiono el deber del estado, específicamente del legislador a través de las leyes, de tutelar a la población y a sus bienes jurídicos, pues de acuerdo al artículo 44 de nuestra norma suprema, es obligación esencial del Estado proteger la efectivización de los derechos fundamentales de la persona y amparar al pueblo de las intimidaciones a su seguridad. Lo que se cuestiona es los medios, el modo o la forma con la cual se pretende alcanzar dicha finalidad; a través de la incorporación de instituciones inconstitucionales ya desechadas y además inútiles para dicho fin, cuando en realidad los medios deberían ser otros mediatos e inmediatos; por ejemplo de manera mediata ejecutar de manera efectiva los tratamientos penitenciarios eliminando el hacinamiento en los penales, y de manera mediata políticas educativas, laborales, preventivas, etc.; las cuales evidentemente por ser costosas y cuyos resultados positivos son a largo plazo, el legislador opta por lo más sencillo, utilizar el poder punitivo estatal a través del aumento de penas mediante normas que a decir de Ore Sosa son huérfanas de toda utilidad, simbólicas o demagógicas (Ore Sosa, Junio 2006, pág. 11).

6.6. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: UNA ALTERNATIVA A LA CONSTITUCIONALIDAD DECLARADA POR EL TC.

El TC ha concluido que la reincidencia es compatible con la constitución. Pero he referido y explicado los argumentos por las cuales considero que la reincidencia como agravante vulnera principios fundamentales; quizás una de las explicaciones a la decisión del TC lo podríamos encontrar afirmando que, si bien nuestro supremo interprete de la constitución es un tribunal jurisdiccional, también básicamente por el modo de designación de los magistrados que lo componen lo transforman en un órgano jurisdiccional-político. Además, no olvidemos que nuestro Tribunal Constitucional es falible, tal como se evidencia en el cambio de los precedentes vinculantes, como los emitidos en el proceso N° 01412-2007-PA/TC – Lima – J. D. D.

Lara Contreras (STC Exp. N° 01412-2007.PA/TC-Lima, 2009), en el expediente N° 04293-2012-PA/TC – Loreto suprimió el control difuso administrativo (STC Exp. N° 4923-2012-PA/TC-Loreto, 2014), etc.

El segundo párrafo del artículo sexto del T.P. de la norma procesal constitucional, impone como regla la prohibición de inaplicar normas respecto a las cuales el TC ha confirmado su constitucionalidad vía proceso de inconstitucionalidad. En base a lo cual, aparentemente desde una perspectiva jurisdiccional, resultaría inoficioso argumentar la contravención de la reincidencia con ciertos mandatos constitucionales (ne bis in ídem, proporcionalidad y culpabilidad).

Pero, en el fallo expresado en la acción de inconstitucionalidad signado con el proceso N° 0014-2006-PI/TC-Lima, el TC analizó la compatibilidad de la ley 28726 (que introdujo la reincidencia) únicamente con la Constitución. Sin embargo, la actuación legislativa adicionalmente de ser acorde con la constitución, ineludiblemente debe ser conforme con el derecho convencional, en especial con los convenios internacionales de los cuales nuestro país es parte y a los cuales se ha sometido; y los magistrados detentan la obligación de efectuar no solo un control constitucional, sino también un control convencional. Al respecto el TC señala en síntesis vía el fundamento 5 del veredicto publicado en el proceso N° 04617-2012-PA/TC – Lima – Panamericana Televisión S.A. que, el control de constitucionalidad se realiza cuando un juez examina la constitucionalidad de una norma, el conflicto competencial entre órganos estatales o cuando examina los actos lesivos a los derechos humanos. Pero, el Poder Judicial o el supremo interprete de la Constitución, no solo debe realizar un control de constitucionalidad; también tiene el mandato imperativo de efectuar un “*control de convencionalidad*”, dicho de otro modo, la obligación que tienen todos los jueces domésticos y supranacionales para dirimir conflictos originados en actos, normas o conducta que contravienen al ius cogens, los tratados sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, la Convención Americana de Derechos Humanos o la jurisprudencia de la Corte IDH (STC Exp. N° 04617-2012-PA-TC-Lima, 2014).

En relación al control de convencionalidad, de manera similar se ha expresado la Corte IDH a través de diversas sentencias, tales como en el fundamento 128 del fallo emitido en el Caso Perú vs Trabajadores Cesados del Congreso; en donde sostiene en síntesis que, inmediatamente un Estado ratifica la Convención Americana de Derechos Humanos, sus jueces paralelamente se someten a la convención, lo cual les constriñe a cuidar para que la Convención no sea menoscabada por la aplicación de leyes o normas domesticas (nacionales) opuestas a sus disposiciones, objeto y fin. Es decir, señala la Corte IDH, la obligación del Poder Judicial de efectuar además de un control constitucional, sobre todo de oficio un control de convencionalidad de todas las normas internas (Sentencia Corte IDH Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, 2006).

La reincidencia, por expresión de la propia Corte Suprema -acuerdo plenario 1-2008/CJ-1167-, señaló que el objetivo de su incorporación obedece a la exigencia de incrementar la sanción penal por motivos de prevención especial, debido al incremento de la *peligrosidad* del agente. Lo cual tiene relación directa con el principio de culpabilidad, pues nuestro derecho penal se basa en la culpabilidad por el hecho, mas no en la culpabilidad por el modo de vida o por su peligrosidad en lo cual se soporta la reincidencia, lo cual es la expresión de un derecho penal de autor.

En ese sentido, la Corte IDH, en el fallo del litigio Guatemala vs Fermín Ramírez del 20 de junio del año 2005, en relación a los alegatos de quienes representaban a las víctimas, quienes cuestionaban el artículo 132 del Código Penal Guatemalteco argumentando que se trataba de una revelación de un derecho penal de autor basado en la idea de prevenir delitos futuros teniendo en cuenta la peligrosidad del agente; sostuvo en síntesis en el fundamento 94 que, el cuestionamiento de la peligrosidad no debía analizarse únicamente de acuerdo a las cláusulas del debido proceso conforme al artículo 8 de la convención; puesto que la peligrosidad tiene una mayor transcendencia y gravedad. Agrega la Corte IDH que, la peligrosidad es una manifestación del del ius puniendi estatal, en virtud a las cualidades personales del sujeto y no en base al acto ilícito realizado, lo cual implica la sustitución de un derecho penal de acto como característica intrínseca a todo Estado democrático por un derecho penal de autor propio de un Estado autoritario. Agrega en el fundamento 95

que, el juez al valorar la peligrosidad del sujeto, implica valorar la probabilidad que el inculcado lleve a cabo delitos en el futuro. En buena cuenta, no se castigaría a la persona por los hechos, sino por lo que es. Lo cual evidencia una regresión a lo pretérito, intolerable según la óptica de los derechos humanos. Concluye la Corte IDH vía el fundamento 96 que, la incorporación de la peligrosidad en una norma penal como pauta para calificar típicamente un hecho y para imponer una sanción, es antagónico al principio de legalidad criminal y, por consiguiente, es opuesto a la convención (Sentencia Corte IDH Caso Fermin Ramírez vs Guatemala, 2005)

Encontramos entonces que, el pronunciamiento de la Corte IDH constituye una alternativa vinculante para seguir afirmando desde una perspectiva jurisdiccional, que la reincidencia vulnera derechos y principios fundamentales, tales como el principio de proporcionalidad y especialmente el principio de culpabilidad por el hecho, abriendo la posibilidad legal de su inaplicación vía control de convencionalidad; que es lo que se propone en este aspecto con la presente tesis.

A nivel de países que pertenecen al sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, en Argentina la Corte Suprema de Justicia de Tucumán ha inaplicado la reincidencia regulada en el artículo 50 de norma penal sustantiva Argentina, tomando en cuenta los fundamentos antes referidos de la Corte IDH emitida en el asunto Guatemala vs Fermín Ramírez; partiendo de ello, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán sostiene incluso citando a diversos autores que, los parámetros de fundamentación de la 'reincidencia' coinciden con los de la peligrosidad; (...). Con la reincidencia, como con la peligrosidad, se castiga algo diferente del hecho criminoso realizado por el autor; se está castigando algo que, en verdad, tiene que ver con lo que ese autor estaría demostrando ser. Como sostiene Zaffaroni, el agravamiento nada tiene que ver con el injusto, puesto que el contenido injusto del delito del reincidente es igual al del primario. Como afirma Ferrajoli, ambas se basan en un modo de ser, más que un modo de actuar, y como tal se erigen en un sustitutivo de la culpabilidad constitutivos de tipos penales inconstitucionales. Concluye dicha Corte argumentando que, la reincidencia como instituto, reseñada en el artículo 50 de la norma penal sustantiva, resulta inconstitucional al violar los principios de proporcionalidad de la pena, culpabilidad, de legalidad, de derecho

penal de acto, de reserva y de prohibición de persecución penal múltiple (be sin in ídem), los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas -de manera expresa o por derivación- en la Constitución Nacional (art. 18 y 19), en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 29, 5 y 6) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10). Por ello concluye que, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del catálogo penal, en cuanto consagra el instituto de la reincidencia, evitando de esa forma, comprometer la responsabilidad del país argentino en los ámbitos internacionales (Sentencia CSJ de Tucuman Causa "A.E.O. y V.S.H. S/ Robo Agravado. Exp. N° 24846/2007, 2012).

Es más, la adopción de decisiones jurisdiccionales de inaplicación de la reincidencia vía control de convencionalidad puede en algún momento hacer entender a nuestro legislador que dicha institución vulnera principios fundamentales y además constituye un modelo de política criminal errado para reducir la reiteración delictiva y finalmente abolir la reincidencia como por ejemplo lo hizo Alemania. Recuérdese que en Alemania sucedido algo similar a lo que ha ocurrido con la reincidencia en nuestro país. El catálogo penal sustantivo Germano del quince de mayo del año 1871 inicialmente reguló la institución de la reincidencia en su párrafo 48 de forma similar a la nuestra, es decir como circunstancia de agravación de la pena, lo cual fue objeto de polémica; así Enrique Agudo Fernández, sostiene, en resumen que, se planteó la incompatibilidad del párrafo 48 StGB del código penal alemán con la constitución, frente a lo cual, el Tribunal Constitucional Germano, mediante veredicto del dieciséis de enero del año 1979, dictaminó que el párrafo 48 era conforme con la constitución, siempre que al aplicarse no involucre presumir una mayor culpabilidad del agente; agrega el autor que, pese a que se confirmó la constitucionalidad de la reincidencia, continuaron los reproches al párrafo 48 del código penal alemán, lo cual junto al exiguo efecto práctico, dio lugar para que a través de la 23 ley de reforma del código penal germano del trece de abril de 1986 se suprimió el párrafo 48 del código penal alemán (Agudo Fernández, pág. 83). Es decir, como sostiene Rosario de Vicente Martínez, mediante la 23 ley de reforma del StGB, se derogo la reincidencia como agravante penal, por ser contradictoria al principio de culpabilidad (De Vicente Martínez, pág. 178); decisión similar que en algún momento debe tomar nuestro legislador.

SECCION II

POLITICA CRIMINAL Y REINCIDENCIA

1. DEFINICIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL.

El término “Política criminal” (Kriminalpolitik)” fue acuñado, a fines del siglo XVIII, por los juristas alemanes Kleinschrod y Feuerbach. Estos autores concebían ya la Política criminal como una categoría del “arte de legislar”, diferenciándose del Derecho Penal como disciplina general (Polaino Navarrete, 2004, pág. 74).

Todo Estado diseña, estructura y aplica una política general, dentro de la cual encontramos una política para cada sector entre ellas la política jurídica y dentro de ella a su vez se encuentra la política criminal. La política criminal significa la adopción de estrategias de control de todo hecho estimado como dañoso para la sociedad, pero observando como límite infranqueable el respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales. De hecho, las políticas sociales y preventivas efectivas (inversión en educación, promoción efectiva de la salud, promoción efectiva del empleo, etc.) son percibidas por la experiencia como las más efectivas políticas criminales a largo plazo. En ese sentido, como sostiene en resumen Reategui, la política criminal, como noción de género, en cuanto a sus modelos más avanzados, es una totalidad más vasta y compleja de la especie “política penal”; siendo diferente la política criminal y la política penal propugna otorgar prioridad a la política criminal (Reátegui Sánchez, 2014, pág. 1373). Es evidente que, una de las herramientas que utiliza toda política penal es definitivamente la pena.

A este respecto, cabe señalar que hoy es pacífica entre los estudiosos del tema la idea de entender que el Derecho Penal y la Criminología se encuentran conectados a través de la política criminal. La Criminología se ocupa del estudio empírico del fenómeno criminal a efecto de suministrar conocimientos objetivos de los ilícitos penales (Borja Jiménez, 2003, pág. 140). La Política Criminal se dedica a estatuir las teorías, estrategias, métodos o técnicas idóneas para prevenir y combatir la criminalidad teniendo como soporte la información proporcionada por la criminología.

El Derecho Penal asume la tarea de concretizar esas estrategias y métodos en principios y reglas jurídicas a aplicarse de manera imperativa.

La política criminal, es una función pública o estatal, mediante la cual se establecen los criterios y medios para lograr precaver y decrecer la criminalidad en un Estado. En tal sentido, toda decisión o estrategia asumida como política criminal para prevenir o reducir el delito, debe adoptarse en base a la identificación científica o empírica del origen o génesis del fenómeno criminal.

Finalmente, se puede concluir que existe una interacción de disciplinas relacionadas entre la política criminal, la criminología y hasta la dogmática penal. Donde la criminología es una ciencia empírica que estudia al delito, al autor del delito y al agraviado, así como realiza en análisis del delito como manifestación social e individual; producto de lo cual identifica el origen del evento delictivo, las causas que intervienen y las consecuencias del mismo. La política criminal como disciplina práctica y teórica, que forma parte de la política jurídica de un Estado, en principio estudia las normas penales y en base a dicho resultado proporcionado por la criminología, se encarga de plantear al ente Estatal o legislativo las alternativas para prevenir y reducir el fenómeno criminal que incluyen la creación o reformas legales correspondientes. La dogmática penal es un efecto de la política criminal o en sentido inverso la política criminal proporciona los medios para la edificación de las reglas y principios de la dogmática penal. En el mismo sentido, Villavicencio T., describe en resumen que, el derecho penal es una barrera infranqueable de la política criminal; de modo tal que, cuando la política criminal se expresa en simple discurso es necesario que el derecho penal ponga límite al discurso ideológico, debido a que podría vulnerar derechos fundamentales (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 29). En este caso de la reincidencia, se necesita del derecho penal que frente ese tipo de políticas criminales que son expresión de puro discurso o de seguridad ciudadana, con los cual se afectan los derechos fundamentales identificados anteriormente.

2. ASPECTO CRIMINOLÓGICO DE LA REINCIDENCIA.

La criminalidad es uno de los problemas más impopulares y que afecta a toda sociedad, en ese sentido, uno de los problemas de la criminología como disciplina ocupada de estudiar las causas del delito, es el estudio de las causas de la reincidencia en el delito o de la reiteración delictiva. La determinación de la causas de la reiteración delictiva implica emprender un estudio empírico y explicativo muy complejo que, según refiere en resumen Benavente Chorres, se necesita abordarlo por una multitud de factores explicativos, tales como, la deserción escolar, la disfunción familiar, la existencia de subculturas y la cesantía (Benavente Chorres, pág. 19); aunque desde una perspectiva del positivismo criminológico, explicaron la causa del delito en la peligrosidad del agente, explicación trasnochada a la cual se ha retornado para justificar el origen de la reincidencia.

En general no existe uniformidad en las diversas investigaciones científicas en determinar las causas de la comisión reiterada de delitos, se ha identificado diversas causas, pero ello es un problema más complejo y no es la finalidad del presente trabajo, pues nos desviaría de los objetivos de la misma; el objetivo de presente investigación es solo determinar si la incorporación de la reincidencia como agravante constituye un política criminal idónea para reducir la reiteración delictiva, es decir si cumple la finalidad preventivo general intimidatoria asignada a la pena y además si la pena anterior cumplida por el reincidente ha cumplido su finalidad preventivo especial en el interno y pese a ello ha vuelto a delinquir.

Solo por referencia se mencionarán algunas de las más importantes causas del delito.

2.1. CAUSAS INTERNAS DEL INDIVIDUO.

Las causas internas identifican las causas del delito con el carácter del individuo. Es la teoría de la culpabilidad por la forma o modo de vida, la cual tiene sus orígenes en Alemania. Pero hoy dichas causas han perdido vigencia. Se identifica con dichas causas los siguientes aspectos:

- Inmadurez. Originada por su edad y situación económica.

- El alcoholismo. Entendida como una enfermedad compleja de adicción que produce la comisión delictiva.
- La drogadicción. En el contexto del proceso causal donde la drogadicción como aflicción o enfermedad culmina en un delito. Es decir, la persona adicta comete el delito para obtener los recursos a fin de adquirir los estupefacientes que han causado su enfermedad.

2.2. CAUSAS SOCIALES.

2.2.1. LA DESINTEGRACIÓN FAMILIAR Y EL ABANDONO MORAL.

La familia entendida como un grupo de personas conectadas por un vínculo que nacen del matrimonio, de la filiación o del parentesco; es una institución natural y fundamental dentro de una sociedad e incluso en nuestro país posee amparo constitucional (art. 4 de la Constitución); de donde se desprende que tanto la comunidad como el Estado tienen la misión de tutelar a la familia; similar reconocimiento lo encontramos a nivel supranacional en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como elemento fundamental y natural de la sociedad. La estructura de la familia se identifica generalmente con la familia tradicional o familia nuclear entendida su integración por padres e hijos; pero, dicha concepción ha experimentado cambios a las llamadas familias reconstituidas.

La antítesis de la protección a la familia se expresa en la desintegración familiar, caracterizada por la separación o destrucción de lazos de sus integrantes, sobre todo de quienes dirigen y sustentan la familia que generalmente en su contexto tradicional son los padres, destrucción de lazos que casi siempre viene al unísono con la expresión de actos de violencia familiar física o psicológica entre sus integrantes y comúnmente entre los padres, de lo cual son espectadores los hijos en proceso de formación. La desintegración familiar puede tener etologías muy

variadas, pero produce efectos nocivos en todos sus integrantes, entre ellos en los hijos o integrantes de la familia en proceso de formación, en los cuales empieza a expresarse la ausencia de la figura materna o paterna en su proceso educativo, de formación personal y moral; porque muchas veces ante la desintegración de la familia empiezan a seguir su proceso de formación y educación bajo la dirección de otros familiares ajenos a los padres y en muchos casos influenciados negativamente por personas ajenas que se encuentran vinculadas a la comisión reiterada de delitos.

Entonces, la desintegración familiar que casi siempre coincide con actos de violencia familiar, también lleva o conduce a un abandono moral, en particular de los niños, jóvenes y adolescentes que antes integraron una familia, estado de abandono que sin duda es una de las causas que contribuye para que el integrante de la familia en proceso de formación termine siendo influenciado y muchas veces captado por personas vinculadas a la comisión reiterada de delitos, que finalmente lo llevan a incorporarse a ese mismo proceso delictivo. Además, que las acciones de violencia familiar muchas veces influyen en la determinación de conductas delictuosas.

También influye la violencia social, que en nuestro país tuvo su auge con la actuación del Terrorismo como estructuras organizadas paralelas al estado, modelos de actuación criminal que han servido para ser copiados por delincuentes comunes a través de organizaciones criminales dedicadas a delitos comunes tales como la extorsión y otros delitos patrimoniales.

2.2.2. LA EDUCACIÓN, PÉRDIDA DE VALORES Y HABILIDADES SOCIALES.

La educación puede enfocarse desde diversos puntos de vista, por un lado, la que imparte la familia y es percibida en la formación sobre todo moral de la persona; por otro lado, la que imparte una entidad formal que inevitablemente luego se expresara en la formación profesional de la persona que a su vez conlleva a tener un trabajo con una remuneración de procedencia lícita. En ambos casos, la educación cumple fines preventivos de la comisión de delitos o de reiteración

delictiva. La educación de hecho representa el más significativo de los medios de control social informal.

En nuestra sociedad, qué duda cabe que los valores como la honradez, el respeto, la verdad, la responsabilidad, cada vez poseen una menor vigencia dentro de nuestra sociedad y dentro del núcleo familiar. Tampoco se fomenta habilidades sociales como la empatía, la autoestima, la creatividad, la toma de decisiones y el pensamiento positivo.

2.2.3. EL GRUPO SOCIAL.

Es innegable que el contexto social tiene influencia en la formación y en las conductas de las personas. En relación a las causas del delito por ejemplo nuestro Propio Código Penal reconoce en su artículo 45 literal a) una corresponsabilidad social por las penurias sociales que hubiera padecido el sujeto.

En el contexto social de una persona encontramos a las amistades, y evocando en resumen las ideas de la psicóloga española Vanesa Moreira Trillo, gran parte de los estudios criminológicos comprueban que la propia desviación es influenciada por las relaciones con amigos ya desviados (Moreira Trillo, 2011, pág. 25). Dicha psicóloga, luego de hacer referencia a diversos estudios científicos concluye afirmando, en síntesis, sobre la existencia de unanimidad entre los investigadores para sostener que la amistad con amigos delincuentes incrementa de manera preponderante la posibilidad de los jóvenes para caer en conductas delictivas, frecuentemente, al lado de esos amigos (Moreira Trillo, 2011, pág. 32)

2.3. CAUSAS ECONÓMICAS.

De hecho, lo económico es un factor criminógeno que tiene cierta incidencia en el medio social por ser un elemento de especial trascendencia. En la actualidad, uno de los más significativos problemas económicos lo constituye la “desocupación” y el “subempleo” (Scimé, 2000, págs. 350-351)

Desde nuestro punto de vista estrictamente criminológico, esta cuestión resulta de la mayor importancia en las causas del delito, sobre todo los delitos patrimoniales como el robo, hurto, extorsión, hoy tan comunes en nuestra sociedad y alegadas con sucesiva frecuencia como justificación por los agentes que cometen un delito y por quienes reinciden en el mismo. La necesidad económica acentuada con mayor énfasis en la pobreza o extrema pobreza, sin duda contribuye a la comisión de los delitos, de tal modo puede ser una de las causas del delito, aunque de ningún modo justifica la comisión o reiteración delictiva.

3. LA ANORMALIDAD DEL REINCIDENTE EN EL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO.

El supremo interprete de nuestra Constitución, a través del fallo emitido en el proceso 0014-2006-PI/TC, se refirió a la vinculación entre la reincidencia y el principio de culpabilidad y tal como se ha citado en líneas precedentes, sostuvo que la reincidencia implicaba una constatación según la criminología del modo de vida delictivo del imputado, lo cual permite infligir a la persona una pena superior que se aleja a la concerniente por el delito perpetrado.

El Tribunal Constitucional, según su propia argumentación, para reconocerle legitimidad constitucional a la reincidencia, se adhiere desde la perspectiva de la criminología a la teoría del positivismo criminológico, que tuvo como máximos representantes a César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrico Ferri.

3.1. EL CRIMINAL NATO, EL HABITUAL Y EL REINCIDENTE EN LA DOCTRINA DE FERRI.

Enrico Ferri parte por afirmar que la sociología criminal es inseparable de la biología criminal. En ese sentido hace una clasificación natural de los criminales, los clasifica en delincuentes habituales y delincuentes de ocasión; pero a su vez señala cinco categorías fundamentales de delincuentes: natos, locos, habituales, de ocasión y por pasión (Ferri, 1907, pág. 147 y 164). Líneas más adelante, Ferri, luego de evocar trabajos de diversos autores entre ellos de Cesar Lombroso, destaca como

enseñanza la distinción entre delincuentes habituales y delincuentes de ocasión. Los delincuentes habituales los describe como aquellos “individuos cuya constitución orgánica y psíquica está formada sobre todo por las capas más profundas y antisociales”, a quienes los llama delincuentes por tendencia congénita o incorregibles. En tanto los delincuentes de ocasión, son aquellos individuos que están formados por capas recientes y sociales, que solo algunas veces son derribados por fuerzas extraordinarias por la erupción de las capas antisociales y profundas (Ferri, 1907, págs. 150-151).

Enrico Ferri ubica a los reincidentes como parte de los delincuentes habituales o incorregibles, pero también afirma que los reincidentes no son exclusivamente delincuentes habituales, ya que la reincidencia también es “propia de los delincuentes natos” (Ferri, 1907, pág. 159). Ferri señala que los delincuentes natos son aquellos en los cuales sus características especiales son develadas por la antropología criminal. Agrega que el delincuente nato o delincuente por la tiranía cruel de la “tendencia congénita”, concibe a la pena sufrida con menos fuerza que a la pena que los amenaza, que consideran a la prisión como un asilo donde tienen alimento seguro, sin la obligación de trabajar y hasta con descanso forzado. Son aquellos incorregibles, pero cuando están detenidos son inofensivos y útiles, a quienes la prisión no les hace sufrir, están allí “como el pintor en su taller” donde piensa en sus nuevas obras (Ferri, 1907, pág. 170 y 171).

Finalmente, Ferri precisa que los delincuentes habituales o por hábito adquirido no tienen las características antropológicas de los delincuentes natos. Es aquel a quien la detención los ha “corrompido moral y físicamente”, a quienes la prisión los ha embrutecido y la sociedad los ha abandonado a la miseria y tentaciones, antes del delito y después del delito, sin haberlo ayudado para volver a realizar una vida honesta, donde muchas veces la propia sociedad lo ha forzado a caer de nuevo en el delito, donde las instituciones en vez de ser preventivas, más bien son las causas del delito (Ferri, 1907, pág. 172).

En general, Ferri con su teoría denominada de la Defensa Social, postula la aplicación de la pena sólo de acuerdo a la peligrosidad del delincuente, cuya

gravedad y tipo será aquella pena necesaria para neutralizar la peligrosidad, por ende, para aplicar la pena no se toma en cuenta su culpabilidad o el hecho cometido sino tan solo la peligrosidad del delincuente, proscribiendo toda forma de respeto a la dignidad humana.

3.2. EL CRIMINAL TÍPICO Y LOS REINCIDENTES EN LA DOCTRINA DE GARÓFALO.

Rafael Garófalo describe la definición del delito desde “un fin científico” y no desde la pretensión del legislador de indicar las acciones que se deben castigar con una pena. En su concepción del delito, distingue los hechos punibles que están regidos por las “leyes naturales”, porque señala, acusan ciertas anomalías individuales, sobre todo la carencia de una parte del sentido moral, es decir, los sentimientos que son la base de la moralidad moderna dentro de una nación civilizada. Por ello, define al delito desde una concepción que llama delito natural (Garófalo, pág. 87). Es decir, Garófalo no concibe al delito como la conducta prohibida por el legislador, sino a aquella conducta que se infieren prohibidas por las leyes naturales, de tal modo que su concepción del delito (natural) no necesariamente abarca a todos los delitos del legislador. Por ello concluye Garófalo que, su noción del delito lo lleva naturalmente a la idea de la “anormalidad moral del delincuente” (Garófalo, pág. 101).

Entiende Rafael Garófalo que, en todos los tipos de criminalidad influye la anomalía individual del agente, ya sea la criminalidad endémica, la que proviene de las variaciones del clima y la temperatura o por la ingesta de bebidas alcohólica. En todo atentado contra las personas la anomalía se expresa en un temperamento violento junto a la carencia hereditaria de instintos de piedad (Garófalo, pág. 146). Por ello admite que, las causas del delito pueden encontrarse en ciertos casos en la anomalía psíquica (Garófalo, pág. 113). Entonces, su concepción sobre la responsabilidad penal se soporta en la peligrosidad del delincuente, en su modo de vida, en sus antecedentes delictuales. El delincuente es un anormal psíquico, cuya tendencia criminal es innata, en el cual puede influir factores externos.

En cuanto a los efectos de la pena, Garófalo concibe que, por sí solas, no han llegado jamás a persuadir a nadie del carácter criminal de ciertas acciones que la opinión pública no ha considerado deshonrosas. Por eso señala que el sentido moral existe independientemente de las penas (Garófalo, pág. 89).

Finalmente, en cuanto la reincidencia, Garófalo entiende que, al reincidente no puede imponerse una pena que sea de la “misma naturaleza” que se le impone al delincuente novicio, ya que el nuevo delito es la mejor prueba de que el primer medio no ha cumplido su objeto; por lo que a la segunda experiencia (delito) debe aumentarse de una manera “muy sensible la cantidad del remedio (pena)”. Pero incide que la reincidencia debe examinarse de acuerdo a las diferentes especies de criminalidad, ya que la naturaleza de la reincidencia varía según la especie del delito (Garófalo, pág. 305 y 306).

3.3. LOS REINCIDENTES Y HABITUALES EN LA DOCTRINA DE CESAR LOMBROSO.

Lombroso es en realidad el máximo representante de la escuela del positivismo criminológico, a quien le siguió sus discípulos Garófalo y Ferri. En su obra “Tratado antropológico experimental del hombre delincuente”, expone que existen seis tipos de delincuentes: (i) El loco-moral (morbosidad); (ii) El nato (atávico); (iii) El loco; (iv) El epiléptico; (v) El de ímpetu o pasional; y (vi) El ocasional o criminaloide (Perales Navalón, 2014, pág. 8 a 12). Es decir, Lombroso, realiza la calificación de lo que llama hombre criminal, en base a caracteres psíquicos, patológicos y anatómicos.

De toda esa clasificación, se identifica al criminal nato como aquella persona diferente del resto de personas humanas, un sujeto atávico, predeterminado hacia el delito por una carga genética, que nace delincuente. El delincuente nato era un peligro para la sociedad, y se le castigaba por ese peligro que representaba para la misma, es el potencial reincidente. Por ende, la pena a aplicarse debía ser de acuerdo al tipo de delincuente. Para esta concepción la pena no es ni debe ser proporcional al delito, sino que necesita ser proporcional a la condición peligrosa del sujeto, independientemente de la clase y magnitud del delito.

4. FUNCIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

La Política Criminal como disciplina compleja encargada de estatuir la planificación o estrategias para prevenir y controlar el delito, se encuentra obligada a obedecer tres funciones principales: (1) estudiar la realidad y los mecanismos de prevención del delito; (2) criticar la legislación penal; y (3) diseñar, implementar y evaluar un programa político criminal que pueda responder a las necesidades de la sociedad (Prado Manrique, 2016, pág. 14).

La función de análisis de la realidad y de los mecanismos de precaución delictiva, implica que la política criminal debe estudiar y analizar la realidad criminológica de una sociedad, de los modelos de regulación vigentes y los logros conseguidos de las políticas criminales vigentes, en base a los resultados que aporta la criminología producto de estudiar las acciones humanas que dañan a la sociedad y las coyunturas belicosas y problemáticas; a fin de mejorar la justicia penal. La política criminal “no puede prescindir del conocimiento de la realidad que proporciona la investigación empírica” (Tamarit Sumalla, 2007, pág. 2).

La crítica a la legislación penal como otra de las funciones, parte de entender al derecho penal como una disciplina dinámica, su cambio obedece al cambio de las conductas sociales. La política criminal debe realizar un estudio crítico y predecible de las normas e instituciones penales vigentes que se encargan de la función preventiva, represiva y resocializadora del delito en base a los estudios que proporciona la criminología, a efecto de corroborar su utilidad y proponer las reformas al derecho penal vigente. En ese mismo sentido Fernández Carrasquilla citado por Luis Miguel Bramont-Arias Torres señala en síntesis que, la política criminal se ocupa de estudiar crítica y prospectivamente toda norma penal y a las instituciones encargadas de su aplicación con perspectiva represiva o preventiva, impulsando modificaciones legales idóneas a la nueva realidad social (Bramont-Arias Torres, 2000, pág. 32). Ello implica constatar si la legislación penal viene cumpliendo sus fines que motivaron su adopción, esto es la reducción de la incidencia criminal como fines de la política criminal de un

Estado. La referida verificación implicará formular racionalmente una nueva ley penal o modificar las existentes (Díez Ripollés, 2013, págs. 17-56).

Para finalizar, la última función de la política criminal, es aquella que se encarga de promover las modificaciones legales que sean apropiadas a los nuevos contextos sociales, esto es analiza si corresponde o no las referidas reformas a las exigencias sociales y propone las reformas que corresponda (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 28). Esta función implica que, como consecuencia de la ejecución de las dos funciones previas, se propone un plan estructurado e integral de propuestas a efectos de prevenir y reprimir los delitos y conquistar la resocialización del delincuente. Programas que deben diseñarse teniendo como base estudios científicos del fenómeno criminal.

5. FINALIDAD DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

La política criminal como disciplina de la que toma mano todo Estado, a decir de Bertha Prado, tiene tres principales finalidades: (i) Social, (ii) jurídico penal; y (iii) garantista de los derechos humanos (Prado Manrique, 2016, pág. 16).

La finalidad jurídico-penal de toda política criminal se manifiesta en que como regla, toda política criminal estatal implica un proceso que se inicia con la constatación de una realidad criminógena, continua con el estudio de esa realidad criminógena, luego evalúa como alternativas la creación de diversos medios o mecanismos para contrarrestar dicha realidad, para finalmente concretizar o expedir las medidas estatales para hacer frente a esa realidad criminógena, una de las cuales como de ultima ratio puede ser la expresión del control social formal mediante la emisión de una norma penal represiva de las conductas que causan esa realidad criminógena.

La finalidad social de la política criminal, implica que toda decisión político criminal debe estar orientada a la reducción o eliminación de las realidades criminógenas que afectan a toda sociedad, previa identificación de las causas de las manifestaciones criminales. Por ello, Liliana Rivera, afirma en síntesis que la política criminal necesita fundamentarse en estudios de realidad, los cuales deben incluir datos reales procedentes de fuentes fidedignas (Rivera Quesada, pág. 477).

Por último, toda política criminal debe estructurarse teniendo como finalidad intrínseca asegurar el respeto a los derechos humanos y en general observando las normas constitucionales, teniendo como referente la vigencia del principio-derecho de la dignidad humana como basamento de todos los demás derechos fundamentales. La referida finalidad igualmente ha sido reconocido por nuestro supremo interprete de la Constitución en el fallo -fundamento42- expedido vía el proceso N° 0019-2005-PI/TC, al señalar que, cualquier norma emitida en el contexto de la política criminal estatal es anticonstitucional cuando contiene disposiciones que contravienen los derechos fundamentales de un procesado o condenado; además agrega que toda ley también será inconstitucional cuando no protege los fines que le corresponde cumplir a la pena en todo Estado que se adjudica ser democrático y social de derecho.

6. DECISIONES DE POLÍTICA CRIMINAL.

Las decisiones de la política criminal es la concretización de las finalidades de la política criminal. Las referidas decisiones corresponden ser adoptadas por los órganos estatales (ejecutivo o legislativo) que generalmente se manifiestan en una norma legal. Las decisiones del legislador se pueden manifestar en lo que B. Prado llama de descriminalización, criminalización y despenalización (Prado Manrique, 2016, págs. 15-17). Dentro de las acciones de criminalización también encontramos las manifestaciones de sobre criminalización, siendo un ejemplo de ellas la introducción de la reincidencia como agravante para todos los delitos dolosos. Por su parte descriminalizar implica que un delito deje de serlo; y la despenalización es exclusión, reducción o sustitución de una pena por sanciones más benévolas.

Dentro de las acciones de criminalización también encontramos las manifestaciones de sobre criminalización, es la decisión por la que se ha decantado nuestra política criminal actual, como medida para reducir y porque no eliminar la criminalidad. Esa sobre criminalización se ha manifestado en la progresiva modificación de los tipos penales, cuya característica común es la agravación de la pena a diversos tipos penales o la incorporación de instituciones que funcionan como agravantes de la pena. Un ejemplo de esa sobre criminalización fue la incorporación

de la reincidencia como agravante para todos los delitos dolosos. Por su parte descriminalizar implica que un delito deje de serlo; y la despenalización es exclusión, reducción o sustitución de la pena por medidas menos gravosas.

7. MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL.

7.1. MODELO PENAL GARANTISTA.

El modelo penal garantista implica acoger como política criminal a un derecho penal minimalista, el cual propicia más que la represión, medidas alternativas. Es el modelo basado en la disminución del empleo de la prisión y el fomento de la justicia restaurativa y las penas alternas a la prisión.

El principio de subsidiariedad como límite al poder penal es una manifestación garantista del derecho penal, donde la política criminal represiva es el último recurso del Estado como medio de control social formal, de tal modo que las acometidas exiguas a un bien jurídico corresponden sean corregidas mediante aquellas disciplinas distintas al derecho penal o a través de los medios de control social informal.

Una de las manifestaciones del derecho penal mínimo es la disminución del uso de la prisión y promoción de las penas alternativas; quienes defienden dicha posición, tales como Pablo Castaño, sostiene, en síntesis, en la necesidad de menguar la utilización de la prisión y, por ello, los índices de privaciones de la libertad. Señala que, el uso diversificado de la privación de libertad, además de ser inútil para reducir la incidencia delictiva, es inconciliable con una democracia liberal. De forma que, es indispensable reconocer los dos medios primordiales a efectos de neutralizar la inclinación al “gran encarcelamiento”: despenalizar las conductas calificadas como delictivas e incorporar penas alternas a la privación de la libertad. Finalmente sostiene que, reemplazar una pena de prisión por una sanción alterna, constituye el mecanismo a efector de mitigar los índices de encarcelamiento y también a efecto de contener la reiteración en el delito (Castaño Tierno, Agosto 2014, págs. 595-596).

En nuestro país, dicho modelo de promoción de sanciones alternas a la prisión lo encontramos en la conversión de la pena privativa de la libertad que regula el artículo 52 de nuestra norma penal sustantiva. De manera más clara tuvo su manifestación reciente por medio del decreto legislativo N° 1300 publicitado el 30/12/2016 en cuyos fundamentos y en su artículo 1 señaló la necesidad de instaurar un “procedimiento especial” para convertir las penas de privación de la libertad que no sean mayor de seis años, por una pena alternativa, con la intención de conseguir la reinserción social del sentenciado, condicionado al cumplimiento de delimitados presupuestos y siempre que verse sobre ilícitos de mínima lesividad y exigua repercusión social, estableciéndose en su artículo 3 y siguientes los supuestos de procedencia y el trámite de dicho procedimiento de conversión.

7.2. MODELO PENAL RESOCIALIZADOR O MODELO DE CORRECCIONALISMO TECNOCRÁTICO DEL ESTADO DE BIENESTAR.

El modelo de política criminal resocializador es aquella que tiene como fundamento o soporte la corrección positiva de la persona, donde el castigo como expresión del derecho penal debe tener como fin la resocialización del sujeto, lo cual es compatible con un Estado que se declare ser respetuoso de los derechos humanos. Es el modelo de política criminal que posee como soporte la “ideología del tratamiento del delincuente” (Prado Manrique, 2016, pág. 24).

El modelo se enfoca en dos aspectos. Por un lado, en que deben ser expertos los actores quienes deben diseñar la política criminal de un estado, con oídos lejos de la opinión pública o lejos de la competición electoral; es el modelo tecnocrático. Por otro lado, que el derecho penal además de ser garantista debe estar orientado a la resocialización; es el modelo correccionalista. Como bien lo señala Pablo Castaño, el término “tecnocrático” significa ubicar a los expertos como los actores más importantes encargados de diseñar la política criminal, y el término “correccionalismo” apunta a orientar al Derecho penal a resocializar al infractor (Castaño Tierno, Agosto 2014, pág. 583).

El modelo tecnocrático sustenta que la política criminal de un Estado debe ser definido por expertos, en base a estudios científicos; y los políticos sólo deben limitarse a ejecutar las pautas definidas por los expertos. El término “expertos”, debe ser entendido como un equipo multidisciplinarios integrado por profesionales del derecho penal, sociólogos, psicólogos, criminólogos, entre otros, quienes delimitan la política criminal penal de un Estado. El político al momento de establecer la política criminal, tanto preventiva como represiva, debe escuchar al experto y no a la opinión coyuntural del pueblo.

El modelo resocializador o correccionalista, es el que adoptó nuestro Código Penal de 1991, por lo menos en su concepción originaria; pues hasta hoy ha sufrido tantas modificaciones que han hecho perder toda coherencia entre los principios recogidos en su título preliminar, la parte general y la parte especial. Para lograr un Estado de bienestar, un Estado debe establecer y sobre todo ejecutar una política criminal de prevención delictiva, protección a la sociedad y sobre todo resocialización efectiva de quien ha caído en el delito.

7.3. MODELO PENAL DE POPULISMO PUNITIVO, SEGURIDAD CIUDADANA, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO O SECURITIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

El tercer modelo de política criminal está asociado al aumento del poder punitivo estatal, ya sea por intermedio de la invención de inéditos delitos o el incremento de las sanciones penales, como medios para reducir la criminalidad. En realidad, para tratar este modelo se han adoptado diversas denominaciones con características más o menos comunes, tales como derecho penal del enemigo, modelo de seguridad ciudadana, securitización de la política criminal o populismo punitivo.

7.3.1. POPULISMO PUNITIVO.

Es uniforme el reconocimiento a Antony Bottoms, como el autor de la expresión “populismo punitivo”. El populismo punitivo como modelo de política criminal, implica el uso del derecho penal por los políticos de turno para defender políticas

criminales en busca de un provecho electoral, como aquellas que sostienen que agravando las penas causaría el decrecimiento de la incidencia delictiva o produciría un efecto intimidatorio en el potencial delincuente.

El populismo punitivo, en un medio utilizado por los gobernantes de turno como como propaganda política, pero en realidad es la degradación del derecho penal, porque su aplicación trae consigo la transgresión de elementales principios propios de un Estado de Derecho y que se manifiesta en la creación de nuevos tipos penales para sancionar actos que en el pasado fueron simples actos preparatorios no punibles, incrementando el espacio temporal de las penas y eliminando ciertos beneficios en fase de ejecución penal, con lo cual confía erróneamente exterminar la inseguridad ciudadana.

Una de las características del populismo punitivo, es la utilización de la política criminal como herramienta electoral. Esta utilización del discurso punitivista con fines electorales o con fines de reforzar la popularidad de quienes ya están en el gobierno es el modelo que se viene utilizándose actualmente en nuestro país.

7.3.2. SEGURIDAD CIUDADANA.

a. La seguridad ciudadana como bien jurídico en la concepción del TC.

Nuestro Tribunal Constitucional con motivo de conflictos originados por la colocación de rejas en ciertas calles de la ciudad de Lima que implicaba una restricción a la libertad de tránsito a fin de salvaguardar el bien jurídico seguridad ciudadana, se ha pronunciado sobre dicho bien jurídico en diversas sentencias, por ejemplo la emitida en el proceso N° 3482-2005-PHC/TC – Lima (STC EXP. N° 3482-2015-PHC/TC-Lima), en cuyo fundamento 13 señala en síntesis que, no existe un concepto preciso de lo que significa seguridad ciudadana desde la Constitución, lo único que existe es un conglomerado de elementos o características que propician identificar su contenido, lo cual es posible ser calificado como un estado de protección que otorga un país para cuya solidificación coopera la sociedad, a fin de que, los derechos de toda persona puedan ser

protegidos ante circunstancias de peligro o amenaza de dichos derechos o puedan ser reparados en caso de contravención de los mismos. Los principales modélicos de referencia que llenan de contenido a la seguridad ciudadana son los derechos tales como, los derechos a la integridad, vida, propiedad, libertad personal o a la tranquilidad. Es principalmente un bien jurídico relevante en vez de una libertad subjetiva o un atributo.

En el fundamento 14 del fallo anteriormente referido, el Tribunal establece una diferencia entre los bienes jurídicos constitucionales y los derechos, así argumenta que, los bienes jurídicos relevantes se les relaciona con el “interés general”, en tanto a los derechos se le relaciona con el “interés subjetivo particular” de aquella persona que invoca su defensa. Lo expuesto tiene relevancia si se considera que la ciudadanía percibe diariamente en peligro su seguridad como consecuencia de los conflictos y sobre todo de la criminalidad, ante ello es necesario una concreta política de seguridad en beneficio de la colectividad

b. La seguridad ciudadana como modelo de política criminal.

La protección a la seguridad ciudadana es pues un objetivo principal de todo Estado Democrático de Derecho frente a las amenazas lesivas a sus bienes jurídicos. Pero actualmente ese objetivo se pretende conquistar a través de una política criminal extremadamente represiva.

El profesor Juan Bustos describe una realidad tal cual ocurre actualmente en nuestro país, al sostener en síntesis que, los denominados “delitos de violencia callejera” son comunes a todo Estado cuya frecuencia es muy variable de acuerdo a las variaciones de las condiciones sociales o económicas. De tal modo que un incremento de los delitos callejeros violentos ocasiona un acrecentamiento de la inseguridad objetiva, pero que tiene mayor repercusión en la inseguridad subjetiva a lo cual contribuye decididamente la mediatización realizada por los medios de comunicación masivos. Ese acrecentamiento de inseguridad motiva al legislador a proponer leyes creando nuevos delitos, incrementando las sanciones o eliminando beneficios en ejecución penal a quienes ya han sido sentenciados. Finalmente,

sostiene el autor citado que la forma como se viene enfocando a la seguridad ciudadana obligatoriamente tiene como destino el fracaso (Bustos Ramírez, 2006, págs. 165-166). La doctrina de la seguridad ciudadana hoy se enrumba hacia escenarios autoritarios.

No se puede negar que una sociedad o concretamente un Estado siempre en algún momento de su historia han atravesado situaciones de emergencia en el contexto de concretas y temporales causas extremas o internas; cuya respuesta a nivel legislativo podría ser una legislación de emergencia, y además condicionada a su uso excepcional. Pero la legislación de emergencia no puede adoptarse para realidades criminales como la delincuencia común, las cuales no son de emergencia sino producto de la realidad misma de una sociedad. Lo que estamos viviendo hoy en día, es que nuestro país pretende resolver los conflictos sociales comunes mediante la ley penal represiva, el cual constituye un medio no idóneo para conquistar los objetivos propuestos, si advertimos la ausencia total de medidas educativas, sociales o económicas con fines preventivos. En ese sentido, Do Socorro Barbosa, sostiene en síntesis que, la emergencia no puede ser pretexto para hacer de la seguridad ciudadana en una perpetua vulneración de los derechos constitucionales o en evidencia de un fracaso constante de la política criminal. La política criminal en cuanto a la seguridad ciudadana debe observar las reglas mínimas de un derecho penal democrático (Do Socorro Barbosa, 2008, pág. 195).

Como se verá más adelante, en nuestro país actualmente existe un acrecentamiento paulatino de la delincuencia y de la reiteración delictiva. La evidencia más simple es el hacinamiento de los establecimientos penales del país. Existen múltiples causas del incremento de la criminalidad común y los estudiosos de ello identifican diversas probables razones. Nos es propósito de la investigación determinar las causas de la delincuencia, tan solo establecer si el modelo penal de seguridad ciudadana elegido por nuestro legislador que se caracteriza por el incremento sucesivo de las penas a través de instituciones como la reincidencia cumple su finalidad preventiva del delito. Si afirmamos que hay ascenso en la delincuencia y de la reiteración delictiva, implica que la política represiva no está cumpliendo su finalidad, teniendo en cuenta que una ley es necesaria, pero ellas

no reemplazan a las políticas sociales las cuales tienen la misión de atacar al origen de la violencia.

El modelo de seguridad ciudadana como política criminal, tiene las siguientes características: i) La politización de la política criminal, donde las medidas que componen la política criminal estatal son elaboradas por los políticos, sin la intervención de los especialistas, con la única intención o meta de conquistar réditos electorales o populares; ii) Percibe al delincuente como un sujeto peligroso incapaz de ser resocializado, por lo que la pena solo persigue la “inocuización o incapacitación” del agente para mantenerlo alejado de la sociedad por un tiempo prolongado o perpetuo, para que determinados delitos no se vuelvan acometer; iii) Las disposiciones o programas políticos criminales son coyunturales o simbólicos, que pretenden prevenir el delito atacando las consecuencias, mas no las causas o el origen de la criminalidad.

Nuestra política penal actual se ha engarzado dentro de este modelo, caracterizado por un sistema progresivo de endurecimiento de penas, pese a que en el artículo 45 inciso 1 de nuestro catálogo penal sustantivo, se reconoce la co responsabilidad de la sociedad, al señalar que el juez para determinar y fundamentar una pena debe tomar en cuenta las carencias sociales del agente. Pues, como bien lo plantea Castaño, el modelo de seguridad ciudadana se fundamenta en perder la confianza a la posibilidad de la resocialización (Castaño Tierno, Agosto 2014, pág. 130)”.

La incorporación de la reincidencia a nuestro ordenamiento sustantivo no fue parte de ninguna política criminal planificada y con sustento científico que podría encontrarse haciendo por ejemplo un estudio en los penales del país verificando si efectivamente se aplica o no los tratamientos penitenciarios conforme lo señala nuestro Catálogo de Ejecución Penal, sino que fue muestra de la revelación de un derecho penal simbólico, el cual se ha convertido en el fundamento de casi todas las últimas modificaciones legislativas a nuestro Código Penal.

Es decir, la incorporación de instituciones agravantes de la pena como la reincidencia son expresiones propias del prototipo de seguridad ciudadana. Ello se hace patente, porque ni en su exposición de motivos de cada proyecto de ley que dieron mérito a la ley 28726 mediante la cual incorporó la reincidencia, ni en los diversos proyectos de ley que han dado lugar a sucesivas modificaciones del artículo 46-B de la nuestra norma penal sustantiva, se advierte que dichas medidas legislativas tengan como sustento una política criminal debidamente estructurada y planificada. Por lo cual coincido con las ideas de Zugaldía Espinar, de que, la agravación de la pena al reincidente es la peor respuesta desde la perspectiva político criminal (Zugaldía Espinar, 1991, pág. 465)

7.3.3. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: REINCIDENTES COMO ENEMIGOS EN EL DERECHO PENAL.

La noción de derecho penal del enemigo como un modelo penal diferenciado que consagra principios político criminales con carácter restrictivo ante determinadas formas de criminalidad grave nace en el año 1985 como aporte del profesor alemán Günther Jakobs.

El derecho penal del enemigo concibe al infractor de una norma como enemigo, por lo que la pena solo busca neutralizar a las personas que han infringido la norma. Para Jakobs citado por Manuel Cancio Melia, señala en síntesis tres elementos característicos del derecho penal del enemigo: primero, se verifica un extenso adelanto de las barreras punitivas. Segundo, establecimiento de penas desproporcionadas. Tercero, la relativización o incluso abolición de algunas garantías procesales (Cancio Meliá, págs. 16-17). El referido modelo es percibido como una especie de derecho "de policía", para quien las personas crean peligros no permitidos que lo convierte en un posible enemigo, que da lugar a tipificar conductas que originan peligros (Polaino Navarrete, 2004, pág. 218).

Las características del modelo de política criminal antes descrito, distinguen un derecho penal para el ciudadano y un derecho penal para los enemigos; y, parte de estas características las podemos encontrar en las justificaciones dadas por el

legislador en los proyectos de ley que dieron luz a la ley 28726 que incorporó la reincidencia a nuestro Código Penal.

El TC, se ha ocupado de la teoría del derecho penal del enemigo, en su fallo - fundamento 16- emitido en el proceso N° 003-2005-PI/TC del 09 de agosto de 2006, en la cual en síntesis se manifiesta en contra de hacer una distinción por un lado entre el derecho penal para ciudadanos, dicho de otra manera, un derecho para aquellas persona que cometen delitos de manera accidental a quienes se les reconozca todas las garantías penales y para quienes la pena debería cumplir sus fines constitucionales, y por otro lado un derecho penal para aquellas personas que cometen delitos “extramuros del derecho” por lo cual deban ser catalogados como enemigos, sin garantías y para quienes la pena solo tendría como fin su eliminación. Entonces, afirma el Tribunal que, la concepción de enemigo es antagónico a todo Estado Constitucional de Derecho, el cual tiene como basamento a derecho-principio dignidad humana y al principio democrático como forma de gobierno. En tal contexto, agrega el Tribunal -fundamento 17- que, al derecho penal le corresponde responder observando las garantías constitucionales, la proporcionalidad de la pena y procurando realizar los fines de la pena (rehabilitar, resocializar y reincorporar) (STC Exp. N° 003-2005-PI/TC).

Entonces parece poco congruente la postura de nuestro interprete supremo, dado que en el fallo exteriorizado en el proceso N° 003-2005-PI/TC, rechaza la probabilidad de acoger la concepción de un derecho penal del enemigo; pero paralelamente, a través del pronunciamiento emitido en el proceso 0014-2006-PI/TC se decanta por reconocerle conformidad constitucional a instituciones como la reincidencia que son manifestaciones propias de dicha concepción. Dichas manifestaciones se evidencian no solo en la incorporación de la reincidencia, sino también cuando progresivamente se han agravado las penas por reincidencia, pues ella inicialmente fue proscrita de nuestra legislación, luego admitida en el delito de terrorismo, ulteriormente introducida con agravante para todo tipo de delitos dolosos con la ley 28726, luego también aplicable a las faltas. Pero los resultados actuales demuestran que esa expresión no es capaz de resolver los problemas de reiteración delictiva.

Recuérdese que estamos en un Estado reconocido como constitucional de derecho, que acorde al artículo 3 de nuestra Norma Suprema se funda en la dignidad humana, por lo que toda política criminal necesita tener como barrera infranqueable a la ley, la constitución y por último los Convenios Supranacionales de Derechos Humanos. Entonces tomando en síntesis ciertas ideas de Zaffaroni, citado por Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, el concepto de enemigo fue el primer síntoma o germen de aniquilamiento autoritario del Estado de Derecho (Peña Cabrera Freyre, 2016, pág. 232).

7.3.4. ENDURECIMIENTO O SECURITIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

En sentido general, el vocablo securitización ha sido empleado como una acepción nueva en la lengua para referirse a la política criminal de emergencia para reducir o neutralizar los índices de criminalidad ante determinados fenómenos criminales mediáticos que amenazan la seguridad ciudadana.

La securitización es una expresión similar al llamado modelo de populismo punitivo estatal. Implica como política criminal, que el legislador de turno, ante el aumento de determinados fenómenos criminales que son mediatizados por los medios de comunicación como conductas peligrosas para la seguridad de la población, decreta en calidad de respuesta, una política penal extraordinaria como solución a dicho fenómeno que supuestamente amenaza la seguridad del pueblo.

En el Perú, los medios de comunicación profesan un papel fundamental, lo cual se expresa cuando difundiendo determinados sucesos delictivos con impacto social, logran generalizar una situación de inseguridad ciudadana, sobre todo cuando ese hecho delictivo por alguna circunstancia quedo plasmado en alguna imagen de video. En tal sentido, ante un fenómeno criminal que supuestamente pone en peligro la seguridad ciudadana, aparece la inseguridad ciudadana como la razón que conduce a los legisladores a reformas los tipos penales agravando las penas o incorporando nuevos tipos penales al catálogo penal, pero sin ningún fundamento técnica, científica o criminológica, lo cual es contrastable

remitiéndonos a la exposición de motivos de los proyectos de ley que dieron lugar a las reformas donde solo se expresa razones de inseguridad ciudadana. A ese proceder legislativo de severidad penal, Bertha Prado lo llama securitización de la política criminal (Prado Manrique, 2016, pág. 29).

La securitización de la política criminal, se expresa en diversos actos, como la creación de delitos que sancionan conducta que anteriormente constituían meros actos preparatorios de otros delitos, la creación de nuevos tipos penales de mera actividad o de peligro abstracto, la flexibilización o incorporación de excepciones a ciertos principios básicos del derecho penal tales como al de proporcionalidad, agravar las penas, la incorporación de instituciones procesales penales que inciden en una mayor restricción de los derechos fundamentales, la restricción o prohibiciones de ciertos beneficios en ejecución penal, etc.

La incorporación de la reincidencia en nuestro país, es la expresión de la política criminal securitizante, pues el legislador considera que el aumento de los índices de criminalidad se contiene o reduce únicamente aumentando la gravedad de las penas, sin otra política criminal preventiva que ataque a las causas que originan el aumento de los índices delictivos.

7.3.5. POSIBLES ALTERNATIVAS A LA SECURITIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

En nuestro país, contrario a la noción primigenia del Código Penal de 1991, actualmente con la reincidencia y otras modificaciones tendientes a agravar las penas, ha optado por un modelo de securitización o populismo punitivo en el ámbito político-criminal, cuyas consecuencias son totalmente diferentes a la finalidad de su adopción (prevenir el delito); pues además de permitir violaciones de derechos y garantías constitucionales, no logra contener el delito. Frente a ello corresponde plantear alternativas eficaces a fin de reducir la criminalidad y la reiteración delictiva. En ese contexto resulta interesante las estrategias planteadas por Thereza Cristina Coitinho Das Neves a una realidad criminógena como el Brasil la cual no dista mucha de la nuestra, que en síntesis son las siguientes:

Primero: Debido a que los medios de comunicación juegan un papel preponderante de conexión entre los actores sociales del proceso securizante, cuyos actores son en un extremo los políticos y al otro extremo la población y como intermediarios los medios de comunicación como encargados de transmitir los mensajes de la población a los políticos y viceversa. En tal contexto, el autor propone democratizar los medios de comunicación, esto es mediante ley regular dichos medios proscribiendo su monopolización mediática y fomentando la difusión de noticias diversas y de calidad (Coitinho Das Neves, 2014, pág. 89).

Segundo: La política criminal de un Estado debe ser integral, no limitada solo al uso del ius puniendi Estatal como el único medio para combatir la inseguridad ciudadana, aunque lógicamente éste sea el medio más fácil y menos costoso. En ese sentido, siguiendo a Coitinho, otra estrategia sería repolitizar aquellos “conflictos sociales” actualmente criminalizados y asumir el Estado como principal estrategia la instauración de políticas asistenciales en salud, trabajo y educación (Coitinho Das Neves, 2014, págs. 89-90).

Tercero: El proceso de securitización o populismo punitivo se materializa a través de las decisiones del legislador que se expresa en la ley; entonces resulta indispensable como afirma en resumen Coitinho, la creación de un “cuerpo de expertos” en las diversas materias que necesiten la emisión de políticas públicas, pero premunidos de “poder”, para intervenir como intercesores entre la población y los políticos. Ello debido a que la población y los políticos no tienen la formación para replicar los diversos fenómenos criminales, lo cual requiere de una “evidencia científica” que es posible encontrarla solo en poder de los expertos. La presencia de “técnicos” en un parlamento, pero con facultades para votar y decidir en toda reforma penal, frenaría la securitización (Coitinho Das Neves, 2014, pág. 90).

Cuarto: Finalmente se propone, en ideas de Coitinho, motiva al legislador y al operador jurídico a tomar conciencia de su “papel” decisivo al momento de aminorar o intensificar el punitivismo, debido a que, la decisión de todo operador jurídico produce efectos político criminales, por ello dichos operadores deben

asumir conciencia que mediante sus decisiones también aumentan o disminuyen el punitivismo (Coitinho Das Neves, 2014, pág. 91).

SECCION III

DE LA PENA Y SUS FINES

1. TEORIA DE LA PENA.

La pena es aquella consecuencia jurídica que se impone a una persona por haber ejecutado un hecho punible contraviniendo una norma. Para Luis Miguel Bramont-Arias, en síntesis, la teoría de la pena se halla asociada a la función del derecho penal en una comunidad. El objeto del derecho penal gira alrededor de la función de la pena (Bramont-Arias Torres, 2000, págs. 71-72).

La teoría de la pena se ocupa de la misión o utilidad asignada a la pena por el derecho penal. La pena, cuyo designio consustancial es preservar el orden jurídico social, como es lógico responde siempre a una finalidad, ya sea de mera retribución, estrictamente preventiva o de ambas concepciones a la vez. Felipe Villavicencio señala en síntesis que, la teoría de la pena procura establecer la “utilidad” de la pena (prevención especial y prevención general) (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 46).

Trataré el estudio sobre la teoría de la pena y las que explican la función de la misma, desde una perspectiva general, centrándome principalmente en la teoría que adoptan nuestro Código Penal para ser contrastada con el marco metodológico; dado que el presente trabajo, tiene por objetivo contrastar si la pena agravada al reincidente cumple la finalidad preventiva general de la pena, y también determinar si se justifica agudizar o empeorar la sanción penal al reincidente por razones de prevención especial.

2. TIPOS DE TEORÍAS DE LA PENA.

2.1. TEORÍA ABSOLUTA DE LA PENA.

2.1.1. CONCEPCIÓN DE LA TEORÍA ABSOLUTA.

Tiene como sus principales promotores a Hegel - teoría de la retribución jurídica- y a Kant - teoría de la retribución moral- (Reátegui Sánchez, 2014, pág. 1284). Las denominadas teorías “absolutas”, comúnmente llamadas “retributivas” (o también de la expiación o de la justicia, que realmente son variantes o formulaciones específicas de estas doctrinas), entienden la pena igual que *castigo* o *retribución* por el perjuicio delictivo efectuado e históricamente es frecuente manifestarse por medio de la *Ley del Talión* traducida en ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre (Polaino Navarrete, 2004, pág. 115). El esquema lógico que sigue esta teoría es concebir a la pena como mera retribución o castigo al agente por el delito perpetrado sin pretender otra finalidad inmediata o ulterior.

En la teoría absoluta, el derecho penal reconoce que la pena encuentra fundamento o legitimación únicamente cuando la pena es justa en relación al delito, mas no le interesa si la pena cumple alguna utilidad. La pena es justa cuando retribuye al agente con un mal igual o proporcional al mal que ha causado con su delito.

En su concepción clásica de las teorías absolutas, es posible asimilar que la pena se identifica con la idea de venganza, donde a quien mata a una persona tendría que aplicarse igualmente la muerte como pena. Empero, toda teoría absoluta en realidad se identifica con una noción de medida de la pena o con una noción retribucionista, donde la pena deber ser justa, esto es, debe ser proporcional al delito. Lógicamente las concepciones absolutas fueron propias o compatibles de aquellos estados para quienes la pena tiene únicamente una función represiva desprovista de toda finalidad y utilidad.

2.1.2. CRÍTICAS A LA TEORÍA ABSOLUTA.

Lógicamente nuestro Código Penal no acoge esta teoría. Felipe Villavicencio concibe en síntesis que la teoría absoluta respondió a cierto periodo histórico y

político. La idea retributiva tuvo su máxima expresión en el ya superado Estado liberal, de hecho, incompatible hoy a todo Estado democrático de derecho (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 53)

La teoría absoluta es objeto de crítica entre otras razones porque, entiende a la pena como la administración de “un mal por otro mal”, lo cual no representa la vía idónea para prevenir el delito o para resocializar al autor del mismo, solo muestra que al mal del delito se adiciona el mal de la pena (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 52). En un Estado de derecho se rechaza las teorías retributivas, las cuales actualmente han sido superadas, siendo objeto de crítica porque entienden a la pena como un mal para castigar a otro mal sin utilidad alguna para prevenir el delito, resocializar al delincuente o para proteger a la sociedad.

En ese mismo sentido, nuestro máximo intérprete de la constitución, en la sentencia emitida en el Exp. 0019-2005-PIATC Lima -fundamento 37- sostuvo que, es imposible desconocer que las penas tienen un contenido retributivo, pero se descarta concebir a la teoría absoluta o retributiva como las que dotan de contenido al fin de la pena, por cuanto se negaría al penado su condición de persona humana, ocasionando un perjuicio mayor que el producido por el delito cometido.

2.2. TEORÍAS RELATIVAS O PREVENTIVAS.

La norma penal tiene una estructura formada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, la pena se comprende dentro de las consecuencias jurídicas. Las teorías relativas le asignan a la pena absoluta utilidad preventiva, a efecto de que el agente no vuelva más a recaer en el delito. Dicho de otra manera, asignan a la pena como finalidad prevenir la perpetración de futuros delitos, justificando su imposición no como respuesta al injusto penal cometido, sino con la finalidad de modificar el comportamiento futuro de agente delictivo mediante la reeducación.

Para las teorías relativas, la pena tiene el encargo de tutelar a la sociedad. En la función preventiva “la pena no es un fin en sí mismo, sino un medio de prevención” (Bramont-Arias Torres, 2000, pág. 73). En efecto, contrario a lo que se señaló en las

teorías retribucionistas, para las teorías preventivas el Estado debe desempeñar un rol más activo que precisamente permita que quien delinquiró no vuelva a cometerlo. Las teorías preventivas, en ideas de Felipe Villavicencio, miran únicamente a la finalidad y utilidad preventiva de la pena (Villavicencio Terreros, 2014, págs. 54-55).

Las teorías preventivas se dividen en preventiva especial y general.

2.2.1. PREVENCIÓN GENERAL.

La utilidad preventiva general de la sanción ocurre cuando el mensaje comunicativo preventivo tiene un destinatario difuso o genérico, mas no específico. La prevención, siguiendo ideas de Villavicencio, en síntesis, está encaminada a la colectividad, mas no al delincuente (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 55). La labor de la pena con el propósito de precaver la realización de los ilícitos penales está encaminado a la colectividad, más no un delincuente en concreto. En ese mismo sentido se ha manifestado nuestro T.C. en el fallo -fundamento 32- exteriorizado en el proceso N° 0019-2005-PI/TC, al señalar en síntesis que, la tesis preventiva general limita su examen a la colectividad, mas no al penado en particular. El fin de la sanción tiene como propósito transmitir a la colectividad un mensaje de “amenaza penal y posterior ejecución” ante un delito.

Efectivamente es unánime también en la doctrina, la división entre prevención general positiva y negativa o intimidatoria.

a. Prevención general negativa o intimidatoria.

El principal representante de la prevención general negativa es el profesor germano Paul Anselm Von Feuerbach, con la “doctrina de la *coacción psicológica*” (Polaino Navarrete, 2004, pág. 133). Mediante la amenaza psicológica se procura adelantarse a la consumación delictiva frenando los “impulsos” de las personas en dirección a los injustos penales (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 57).

La teoría preventivo general intimidatoria, es aquella que persigue prevenir la ejecución de los injustos penales por medio de la intimidación o amenaza dirigida a la colectividad en general con la administración de una sanción. En otros términos, concibe a la pena como una amenaza con la cual advierte a la colectividad de las consecuencias que recibirá quien comete un delito. La concepción preventivo general negativa procura asignarle a la pena como misión la de generar miedo, temor o intimidación. Como bien lo indica en síntesis Bramont-Arias Torres, en nuestra realidad la pena cumple la función de intimidar o coaccionar a la totalidad de integrantes de “sociedad”; una evidencia de ello lo constituye la incorporación de la pena de cadena perpetua, la cual ostenta por “finalidad” amenazar a la ciudadanía con el propósito de evitar la comisión de delitos (Bramont-Arias Torres, 2000, pág. 75). Teoría que podría conducir al “terror penal” debido a la sucesiva intensificación de las penas (amenazas) (Polaino Navarrete, 2004, pág. 135).

El mensaje preventivo general en su perspectiva negativa se manifiesta en el momento de la llamada criminalización primaria, esto es con la creación de los tipos penales que definen una concreta conducta desvalorada y conciben a la sanción como medio de intimidación para desmotivar a las personas de la comisión de las infracciones penales. Del mismo modo lo ha entendido el TC en la resolución -fundamento 32- emitida en el proceso N° 0019-2005-PI/TC, donde en síntesis señala que, la teoría preventivo general negativa preceptúa como fin de la sanción intimidar mediante la amenaza de su aplicación a las personas con tendencia a la comisión de delitos. Pero, en el mismo fundamento, el Tribunal Constitucional cuestiona dicha teoría, afirmando que resulta controvertido que, en aquellas personas proclives al delito, puedan ser objeto de intimidación por la amenaza de la aplicación de una sanción. Pues en determinados casos, la intimidación no proviene de la amenaza por la gravedad de la pena, sino más bien del peligro a ser descubierto en el momento o luego de consumado el injusto penal.

La intimidación o amenaza penal se encuentra encausada a la colectividad, cuyo mensaje puede realizarse de dos maneras: Primero, mediante la amenaza genérica que ocasiona la pena conminada de un delito, dicho de otra manera, la

amenaza de la pena prevista en un tipo penal es útil para hacer desistir a quien pretende delinquir. Segundo, Por medio de la aplicación de una sentencia condenatoria o ejecución de una pena a quien ha incurrido en un delito, la cual al ser vista por la colectividad genera una intimidación general, pues reciben el mensaje que si cometen un delito se les va a imponer una sentencia condenatoria. Dicha sentencia de condena desarrolla un *efecto intimidante* sobre las demás personas, a efecto de lograr en un futuro su abstención en la comisión delictiva (Polaino Navarrete, 2004, pág. 134). El sufrimiento durante la ejecución de la pena sirve de “ejemplo para que los demás no delincan” (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 58).

b. Prevención general positiva o integradora.

La tesis preventiva general positiva defiende la teoría según la cual la pena también tiene una función motivadora a los ciudadanos o a la colectividad para prevenir la afectación a los bienes objetos de tutela penal, pero no por intermedio de la intimidación mediante la amenaza penal como lo hace la teoría preventivo general negativa, sino por intermedio de la afirmación de valores éticos sociales acerca de la intangibilidad de todo bien jurídico como ratificación de la norma o del derecho, que es propia de todo Estado que se ufane de ser calificado como democrático y social de derecho.

En el mismo sentido, Felipe Villavicencio identifica en síntesis a la prevención general positiva con un mensaje enfocado a obtener de la colectividad fidelidad o respecto al derecho. Motiva a la población por medio del derecho y no del miedo. (Villavicencio Terreros, 2014, págs. 59-60). Es decir, entiende esta teoría que no se puede “especular al Derecho como mero ordenamiento de coerción, sino como medio de integración social” (Polaino Navarrete, 2004, pág. 135). Del mismo modo lo ha entendido Luis Miguel Bramont- Arias, para quien, en la función preventiva general positiva, la pena tiene como misión prevenir el delito por medio de la aserción de los valores sociales (Bramont-Arias Torres, 2000, pág. 74).

2.2.2. PREVENCIÓN ESPECIAL O INDIVIDUAL.

La teoría preventiva especial posee como máximo exponente a Franz Von Liszt con la denominada “escuela sociológica”. Dicha teoría preventiva individual o especial postula que la pena busca prevenir el delito mediante la resocialización del delincuente. De tal modo que, la finalidad preventiva de la pena está dirigido al delincuente en particular, mas no a la colectividad en general como postula la teoría de la prevención general, a fin prevenir el delito mediante la resocialización del delincuente durante el cumplimiento de la sanción. El mensaje preventivo de la sanción no está dirigido al injusto penal cometido, sino a la persona o individuo que ha cometido dicho injusto.

La denominación de teoría preventiva individual obedece precisamente a que la función utilitaria de la pena está dirigida al agente delictivo de manera personal o individual, esto es, se manifiesta durante la imposición y ejecución penal al agente que ya ha sido objeto de una sanción penal cuya aplicación tiene como finalidad primordial evitar la repetición o reiteración en el delito, mas no se dirige al conglomerado social como demanda la prevención general. Por ello, a decir de Felipe Villavicencio Terreros, tiene como finalidad a “individuos ya delincuentes”; o como afirma Luis Miguel Bramont Arias Torres, implica prevenir el delito rehabilitando o resocializando al delincuente (Bramont-Arias Torres, 2000, pág. 76).

La prevención especial es concebida desde dos perspectivas: la tesis preventiva especial negativa y la tesis preventiva especial positiva.

a. Prevención especial negativa o neutralizante.

Para la tesis preventivo individual negativa, la pena tiene por finalidad neutralizar a los delincuentes peligrosos debido a su incapacidad para vivir en sociedad. Dicha teoría concibe al delincuente como un sujeto peligroso, por ello postula que la pena tiene como función alejar a quien ha delinquido de la sociedad y de las personas que lo conforman. La pena para esta teoría no persigue fines de resocialización, sino de inocuización o neutralización mediante el internamiento del

delincuente por considerarlo como un sujeto peligroso. Por ello Felipe Villavicencio, asimila dicha teoría a un Estado totalitario (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 65). Lógicamente esta teoría es descartada por nuestro Código Penal, pues implica concebir al agente como un sujeto peligroso cuya característica principal se corresponde a un derecho penal de autor, proscrito en todo Estado democrático.

Franz Von Liszt, en su histórico programa de Marburgo, señalaba, en síntesis, que, una de sus misiones esenciales de la pena en el contexto de la prevención especial, implicaba la función “neutralizadora”, cuyo encargo significa inocuizar al delincuente incapaz de ser corregido, propio de los habituales (Polaino Navarrete, 2004, pág. 124).

b. Prevención especial positiva o resocializadora.

De acuerdo a nuestro código penal, la pena cumple un fin preventivo especial positivo, donde la pena impuesta a quien comete un delito tiene como fin resocializarlo. Ello implica ser objeto de todo un proceso de recuperación y reintegración al seno social. En este sentido, nuestra Constitución Política menciona (art. 139, inc. 22) que la pena ejecutada vía la estructura penitenciaria persigue como propósito rehabilitar, reeducar y reincorporar a un condenado al seno social.

Felipe Villavicencio Terreros, refiriéndose a la teoría preventivo especial positiva, señala en síntesis que, para dicha teoría, el hombre es comprendido como un propósito al cual se busca curar o corregir, mas no es entendido como un mero instrumento (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 64). Esta teoría proyecta su soporte en un “tratamiento penitenciario” eficaz como único medio de curación para quien ha cometido un injusto delictivo y ha sido objetivo de sanción penal.

En el fundamento 40 de la sentencia emitida en el expediente N° 0019-2005-PI/TC, nuestro Tribunal Constitucional señala en resumen dos momentos en los cuales se materializa la prevención especial, el primer momento lo denomina prevención especial de efecto inmediato, que se manifiesta con el momento de

privación de la libertad y su extensión de la misma; y el segundo momento denominado prevención especial de efecto mediato, que se concreta con la realización de la pena enfocada a rehabilitar y reincorporar al sentenciado a la comunidad.

2.3. TEORÍAS MIXTAS O DE LA UNIÓN.

La teoría de la unión otorga a la sanción una utilidad mixta, es decir las funciones que corresponden tanto a las teorías preventivas como a las absolutas. La teoría mixta, considera que la pena debe cumplir una finalidad retributiva (pena justa) y también debe tener una finalidad preventiva (pena útil) tanto general como especial.

2.3.1. LA TEORÍA DIALÉCTICA DE LA UNIÓN (ROXIN).

En el contexto de las tesis mixtas surge una teoría relacionada a la unión, pero solo de las teorías preventivas, es decir una teoría mixta pero sólo entre la prevención general y especial, mas no abarca a la teoría absoluta. Es la que Roxin propone y llama como teoría dialéctica de la unión, que es en realidad la teoría que calza en la adoptada por nuestro Código Penal. Desde 1966 el profesor Claus ROXIN planteó una teoría de la unión o mixta de aspecto exclusivamente preventivo que toma la denominación de "teoría dialéctica de la unión". Para el referido profesor alemán, la pena tiene de manera paralela una finalidad preventiva especial y a la vez general, y excluye a la retribución como finalidad de la pena (Polaino Navarrete, 2004, pág. 147). La pena entonces, procura evitar que quien ha cometido un delito vuelva a realizar posteriores delitos, y a su vez persigue como mensaje general precaver para que la sociedad incurra en el delito.

3. LA TEORÍA DE LA PENA QUE ADOPTA EL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991.

Luego de haber expuesto cada una de las teorías que elucidan los fines de la pena y luego de contrastarlo con lo regulado en nuestra Constitución, en nuestra Norma Penal Sustantiva y en nuestra Norma de Ejecución Penal; podemos advertir con mucha

facilidad que nuestro legislador adoptó la teoría de la prevención general negativa y a la vez la teoría de la prevención especial positiva. Del mismo parecer es Felipe Villavicencio Terreros, quien invocando como sustento los artículos I y IX del T.P. de la norma penal sustantiva de 1991 sostiene que dicho código acepta las teorías preventivas (Villavicencio Terreros, 2014, págs. 72-73). Entonces, en nuestro ordenamiento penal únicamente resulta incompatible las teorías absolutas de la pena, es decir con aquellas que estiman a la pena como simple retribución, debido a que somos un Estado democrático y social de derecho.

Del mismo modo, el supremo interprete de la Constitución en el fallo exteriorizado en el proceso N° 014-2006-PI/TC (fundamento 13), reconoce protección constitucional a la prevención general y a la prevención especial como fines de la pena por ser compatibles con la dignidad humana. La función de la pena depende de la etapa en que actúa la misma, así en el momento de la amenaza penal cumple un fin preventivo general y al momento de la imposición de la pena un fin preventivo especial. Por ello podemos afirmar que, el código penal acoge la teoría de la unión de Claus Roxin.

3.1. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL.

El reconocimiento normativo de la tesis preventiva general lo encontramos en el artículo I del T.P. de nuestro código penal, el cual expresa como un principio, que el dicho código tiene como propósito prevenir el delito y las faltas. Dicho reconocimiento también lo encontramos vía el artículo IX del T.P. del mismo Código, donde le reconoce a la pena una finalidad preventiva y protectora. Del mismo parecer es Luis Miguel Bramont-Arias Torres cuando afirma que, al fulgor del Código Penal la conminación legal del art. I del TP, se refiere a la prevención General (Bramont-Arias Torres, 2000, pág. 81).

Dentro de las teorías preventivas generales, el legislador ha adoptado tanto la prevención general positiva (afirmación de valores) como la teoría preventiva general negativa (intimidación). La primera fue la finalidad principal por lo menos en la concepción primigenia del Código Penal. Pero con el prototipo de política criminal

llamada de seguridad ciudadana o securitización penal que ha adoptado actualmente nuestro legislador a través de las sucesivas modificaciones legislativas orientadas a agravar las penas, podemos afirmar que nuestro legislador actualmente adopta la función preventiva general negativa o intimidatoria de la pena.

Es indudable que con la anexión de la reincidencia a manera de circunstancia de agravación penal, se concede a la pena una función preventiva general negativa o intimidatoria; incluso así lo concibió el legislador en la exposición de motivos de los múltiples proyectos de ley que dieron lugar a la incorporación de la reincidencia, al afirmar en ellos que, los delincuentes reincidían porque sabían que no se les iba a castigar con más pena, y por eso era necesario castigar con más pena la reincidencia, para que así sientan miedo y se abstengan de delinquir. El legislador se inclinó hacia la adopción de los criterios de prevención general negativo, como ocurrió con las sucesivas modificaciones de las normas penales para los delitos agravados.

3.2. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA O RESOCIALIZADORA.

Normativamente tanto en nuestra Constitución, como en nuestro Código de Ejecución Penal y Código Penal, se ha reconocido a la pena la función preventiva especial positiva o resocializadora; mas no una función preventiva especial negativa. Ese reconocimiento normativo de aquella función preventivo especial positiva la encontramos en el inc. 22 del art. 139 de la carta magna, donde promulga que, el régimen penitenciario posee como propósito rehabilitar, reeducar y reincorporar al sentenciado a la comunidad; concordante con el artículo IX del T.P. de la norma penal sustantiva donde reconoce el fin resocializar de la pena.

En conclusión, actualmente en nuestro país de acuerdo al momento o etapa en que se aplique, se le otorga a la pena una función preventiva general negativa o intimidatoria y una función preventiva especial positiva o resocializadora. Bajo ese contexto, en la presente tesis se determinará, si la agravación de la pena al reincidente posibilita concretar los fines preventivos generales intimidatorios y los fines preventivos especiales positivos de la pena.

SECCION IV

LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN EL PERÚ

1. DEFINICIÓN DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.

El Tratamiento Penitenciario, constituye un conglomerado de medidas, estrategias, procedimientos y actuaciones que un Estado aplica a un condenado durante el periodo de privación de su libertad con el propósito de modificar sus conductas desvaloradas, internalizar su observancia a las normas y valores morales e integrarlo de nuevo a la comunidad como un hombre respetuoso de las reglas y normas legales y sociales. En síntesis, constituye todo el procedimiento aplicado por los órganos encargados de la ejecución penal con el propósito reeducar, rehabilitar y reincorporar a quien fue objeto de una sanción por la comisión de un delito.

La necesidad de abordar el tratamiento penitenciario en la presente investigación, deviene porque se entiende que un reincidente es quien anteriormente ha acatado la integridad o una fracción de una sanción privativa de su libertad de manera efectiva en un establecimiento penal, es decir ha experimentado el tratamiento penitenciario; pero al volver a delinquir evidenciaría que el agente o bien no recibió dicho tratamiento penitenciario o en todo caso pese a haberlo recibido no cumplió su finalidad (resocializarlo). Por lo pronto nuestro legislador ha entendido que el reincidente es aquel que pese a haber sufrido los efectos de una pena anterior no ha internalizado el mandato de la norma penal, lo cual denotaría que la pena aplicada por el delito previo no ha alcanzado su finalidad preventivo especial (resocializarlo, reeducarlo y reincorporado a la sociedad); con mayor énfasis en aquellos que anteriormente obtuvieron su libertad mediante beneficios penitenciarios, pues se entiende que el beneficio les fue concedido por que habían mostrado una progresividad en su reeducación y rehabilitación. Por ende, resulta ineludible estudiar el tratamiento penitenciario tal cual esta normado en las normas de ejecución penal (Código de Ejecución Penal y su reglamento) y a partir de ello contrastarlo con la forma en que se ejecuta en nuestro país y específicamente en el establecimiento penal de Varones de

Chiclayo – Ex Picsi, para a partir de ello establecer si la pena ha cumplido su finalidad preventiva especial.

El tratamiento penitenciario definido legalmente por el Código de Ejecución Penal - CEP (art. 61), comprende el uso de una multiplicidad de métodos ya sean sociales, psicológicos, médicos, psiquiátricos, biológicos, pedagógicos, laborales, etc., con el propósito de tratar al sujeto privado de su libertad, cuya aplicación puede realizarse de manera individual o grupal. Dicho tratamiento penitenciario en términos del Reglamento del referido Código (art. 97 del D.S. 015-2003-JUS), se aplica progresivamente y de manera multidisciplinaria a través del personal técnico y profesional pero también fomentando la intervención de cada interno, la familia del interno, de entidades privadas, entidades públicas y la sociedad. La finalidad del tratamiento penitenciario en términos de la exposición de motivos del antes referido código es rehabilitar, reeducar y reincorporar al condenado a su comunidad.

2. OBJETIVO DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO.

En doctrina se pueden establecer diversos objetivos del tratamiento penitenciario; pues los tratamientos penitenciarios en cada país pueden tener diferentes finalidades; siendo la reinserción un objetivo común en toda legislación. Pero para el presente trabajo sólo nos interesa determinar el objetivo del tratamiento penitenciario de acuerdo a nuestro marco normativo. En ese sentido nuestra Carta Fundamental (art. 139 inc. 22) y también el Código de Ejecución Penal (art. 60) revelan en común al régimen penitenciario como un principio que tiene como propósito rehabilitar, reeducar y reincorporar a un condenado a su comunidad. El propósito concreto en términos del Reglamento del referido código (art. 97, primer párrafo) es modificar la conducta del condenado, resocializarlo y prevenir futuros delitos.

El propio legislador ha señalado en su exposición de motivos del Código de Ejecución Penal que, para individualizar el tratamiento penitenciario, es necesario ejecutar una investigación completa a los internos con el apoyo de las respectivas evaluaciones criminológicas. Posteriormente se procede a clasificar a dichos internos agrupándolos homogéneamente dentro de cada penal o sección que le concierna

dentro de dicho penal. Por último, se define el programa de tratamiento individualizado. Pero además en dicha exposición de motivos advierte dos condiciones que deben cumplirse para lograr el objetivo del tratamiento penitenciario, esto es la suficiencia de personal capacitado y la participación activa del interno en todo el tratamiento.

Por lo menos la condición de la suficiencia del personal capacitado no se cumple en los penales de nuestro país. Por ello el tratamiento penitenciario no ha cumplido ni viene cumpliendo su finalidad en nuestro país, y eso lo reconoce el propio Ministerio de Justicia (MINJUS), Ministerio al cual pertenece el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), como entidad encargada de la ejecución penal. En el informe denominado Política Nacional Penitenciaria y Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2016 – 2020, el MINJUS identifica como problemática del sistema penitenciario nacional, la deficiente atención a la población penitenciaria, al señalar en síntesis que, el tratamiento penitenciario se aplica al régimen cerrado y también al régimen abierto. En el régimen cerrado se encuentra tanto la población sujeta a prisiones preventivas como a quienes se les ha impuesto una sanción privativa de la libertad eficaz. En tanto en el régimen abierto encontramos a la población que ha recibido una sanción privativa de su libertad, pero que han salido en libertad con algún beneficio penitenciario y la población que ha sido sentenciada con penas limitativas de derechos. El régimen abierto y cerrado muestran diversa problemática, principalmente una reducida capacidad para atender la demanda actual de los servicios, a causa de la carencia de “equipos multidisciplinarios y equipamiento”. El personal técnico y profesional carece de la especialización necesaria de acuerdo al requerimiento de la población internada en el penal. Existe insuficiencia de personal para tratar en los internos en los aspectos referidos a su salud, educación y trabajo, para lo cual se requiere personal que proporcione asistencia médica, social, psicológica, educativa, legal y para capacitación laboral. De igual modo existe deficiencias de equipamiento lo cual influye en la calidad de los programas ofrecidos para el trabajo, educación, salud y asistencia a cada interno (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, págs. 43-44).

La denominada Dirección de Tratamiento Penitenciario del INPE es la dependencia encargada de utiliza los medios económicos a través de la subdirección de asistencia penitenciaria, de salud penitenciaria, de educación penitenciaria y la subdirección de

trabajo-comercialización, con el propósito de alcanzar rehabilitar, reeducar y reincorporar a cada interno a su comunidad (MINJUS-CNPC-OBSERVATORIO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL JHP, Boletín Junio I-2016, pág. 22). Pero si el propio INPE afirma que existe una atención insuficiente en tratamiento penitenciario a cada interno, ello sería una de las causas objetivas por la cual la pena no cumple su finalidad preventivo especial; y ellas serían las reales causas por las cuales el interno reincide en el delito, pues si el interno no recibe tratamiento penitenciario mal podría afirmarse que haya sido reeducado, rehabilitado ni reincorporado a la sociedad. Por el contrario, en realidad los penales de nuestro país son escuelas del delito.

3. BASES LEGALES DEL SISTEMA PENITENCIARIO PERUANO.

En primer orden es el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución, el cual reconoce al régimen penitenciario como un principio que detenta como propósito rehabilitar, reeducar y reincorporar a un condenado a su comunidad. De manera más concreta y operativa es el Código de Ejecución Penal, promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 654, y su Reglamento de dicho Código aprobado por el Decreto Supremo N° 015-2003-JUS.

Este marco normativo nos indica los tipos de tratamiento penitenciario que ha adoptado nuestro Estado peruano bajo la dirección del INPE como medios para resocializar, reeducar y reincorporar a un penado a la sociedad; que en el caso de los reincidentes se entiende debió ser alcanzado al cumplir la primera condena. El tratamiento penitenciario nacional tiene un significativo marco normativo, pero el divorcio es evidente entre lo que dice la ley y lo que ocurre en la realidad, es decir contamos con un moderno sistema penitenciario formal, empero nada real o fáctico (Solís Espinoza, 2008, pág. 9).

4. TIPOS DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.

Existen una variedad de tipos de tratamiento penitenciario los cuales son incorporados o admitidos por cada Estado de acuerdo a su sistema penitenciario. Pero no es objeto de esta tesis el estudio de los sistemas penitenciarios y tipos de

tratamiento penitenciario existentes. La presente investigación se restringe a estudiar únicamente los tipos de tratamiento penitenciario admitidos actualmente por nuestro Estado a través del Código de Ejecución Penal y su Reglamento, su aplicación de los mismos y su relación por la reincidencia delictiva.

En el Catálogo de Ejecución Penal (art. 62), se describe las circunstancias a tener en cuenta para determinar el tipo de tratamiento penitenciario a aplicarse al interno, al señalar que para singularizar el tratamiento penitenciario se realiza un estudio completo del interno a través de los exámenes respectivos y la observación, a fin de exponer un diagnóstico y pronóstico criminológico de cada uno de ellos. Para ello en su artículo 64 señala que al interno se le clasifica según su conducta y las categorías de su facilidad o no para readaptarse.

Los tipos de tratamiento penitenciario regulados en nuestra normativa de ejecución penal son los siguientes:

4.1. TRABAJO PENITENCIARIO.

4.1.1. EL TRABAJO COMO TRATAMIENTO PENITENCIARIO.

En nuestra legislación se ha concebido al trabajo como un tipo de tratamiento que contribuye de manera determinante al proceso de resocialización. El Código de Ejecución Penal (art. 65) describe al trabajo como deber y como derecho que ayuda a la rehabilitación del interno, el cual se organiza de acuerdo a la aptitud y calificación laboral del interno. De modo similar el artículo 105 del Reglamento de dicho código reconoce al trabajo como un componente imprescindible para lograr la rehabilitación del interno. El trabajo debe patrocinar hábitos laborales productivos y sobre todo terapéuticos, para proyectar en el interno opciones laborales competitivas una vez que obtenga su libertad.

El Consejo Nacional de Política Penitenciaria del INPE reconoce al trabajo como una pieza fundamental a efecto de conseguir reinsertar socialmente a los internos condenados ubicados ya sea en el sistema abierto o cerrado del régimen

penitenciario. De igual modo es un elemento importante para el tratamiento del interno dentro del penal, por ser un medio que contribuye a hacer factible su adaptación al encierro y, además, le posibilita sostenerse económicamente a sí mismo, a su familia y para resarcir los daños ocasionados por su delito (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, pág. 48). El Trabajo dentro de un establecimiento penal es concebido como el principal medio de terapia para el interno sentenciado en su proceso de resocialización; de allí que en su artículo 104 del reglamento señale que el trabajo es obligatorio para todo interno sentenciado que se encuentra dentro de un establecimiento penal como medio terapéutico apropiado para lograr la resocialización; incluso en su artículo 106 impone a la administración penitenciaria la obligación de fomentar las actividades laborales del interno con el intervención de la empresa privada, la cooperación técnica internacional, sociedad civil y gremios profesionales.

4.1.2. PROBLEMÁTICA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO NACIONAL.

En el establecimiento penal de varones de Chiclayo son comunes las actividades en manualidades, carpintería, zapatería, tejido a máquina, confecciones, artesanías; todas ellas realizadas por pocos internos.

El Ministerio de Justicia reconoce como problemática que actualmente existen, diversas limitaciones que dificultan ejecutar un adecuado tratamiento laboral, debido a la carencia de infraestructura adecuada, falta de capacitación, ausencia de profesionales capacitados, carencia de maquinaria para los talleres laborales, ausencia de acciones que posibiliten comercializar los productos fruto del trabajo penitenciario. Además, hay ausencia de involucramiento de la sociedad civil y la empresa privada para ofrecer puestos de trabajo a los internos, a causa de la estigmatización hacia ellos (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, pág. 49). También desincentiva el trabajo a los internos la supresión progresiva de beneficios penitenciarios tales como los de liberación condicional y semilibertad, pues precisamente el trabajo les permitía redimir días de trabajo por días de pena de privación de libertad y así acceder anticipadamente a dichos beneficios hoy restringido para muchos delitos como para los de robo agravado.

Si el Estado cumpliera con ejecutar el tratamiento penitenciario tal cual lo regula la normativa de ejecución penal (CEP, el reglamento del CEP y las directivas del INPE), estoy seguro que no habría necesidad de agravar las penas a reincidentes porque simplemente ellos no existirían, o no en la proporción que ha motivado la percepción de inseguridad ciudadana a la cual nuestro legislador responde con instituciones populistas como la reincidencia. El Ministerio de Justicia reconoce que actualmente (2016) existe 31,502 internos registrados en las planillas de control laboral, pero únicamente existe capacidad para acoger a 7,018 internos (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, pág. 49). Problemática también advertida en la encuesta realizada a los internos reincidentes del establecimiento penal de varones de Chiclayo (ex Picsi) donde sólo algunos realizan actividades laborales.

El Código de Ejecución Penal (art. 67) en su formalidad preceptúa como contraprestación la remuneración por todo trabajo realizado por cada interno, lo cual lógicamente es un medio resocializador; sin embargo dicha normativa tampoco se cumple, porque los internos no reciben remuneración, sino que cada interno que trabaja sólo obtienen ingresos cuando por sí sólo logre vender sus productos de artesanía o manualidades elaborados, oferta productiva que tampoco existe conforme lo ha señalado el Ministerio de Justicia por falta de compromiso de la empresa privada y la sociedad civil. De igual modo otro obstáculo previo es la ausencia de financiamiento, pese a que el Reglamento del CEP (art. 115) señala que los recursos o instrumentos a emplearse en el trabajo pueden ser suministrados por el propio interno o su familia, pero también por la administración penitenciaria o por agentes externos, pero por medio de la administración penitenciaria.

4.2. EDUCACIÓN EN EL SISTEMA PENITENCIARIO.

4.2.1. LA EDUCACIÓN COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.

La educación como medio de tratamiento involucra un progresivo proceso de formación individual y social, a través del estudio y aprendizaje como medio formal, pero también a través del aprendizaje informal como consecuencia de todo el proceso formativo de la persona, ya sea familiar, laboral y producto de la experiencia social.

La educación, qué duda cabe es el principal medio de prevención social formal de un Estado, medio de prevención de muchos problemas sociales. La política educativa eficaz es una necesidad indispensable y el medio nuclear en el tratamiento penitenciario, para lograr la resocialización del interno. Las Naciones Unidas reconoce a toda actividad educativa y cultural como derechos básicos de todo interno, en tanto establece como un deber de los Estados instruir o educar a todo interno que sea analfabeto y joven (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, págs. 44-45).

En virtud de ello, en teoría el CEP (art. 69) señala que, en todo penal del país se fomenta la educación a quienes se encuentran internados con el propósito de conseguir su capacitación ocupacional o una formación profesional.

4.2.2. DEFICIENCIAS EN LA EDUCACIÓN COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.

Las cifras oficiales del INPE al 2016 dan cuenta que, aproximadamente la cuarta parte (22%) de la población penitenciaria (POPE) (22%) son analfabetos o no ha terminado la educación primaria. De la totalidad de la población penitenciaria con educación primaria, el 64 % (11,113 personas) tampoco ha terminado sus estudios primarios. (INPE 2016) (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, pág. 45).

La educación como tratamiento penitenciario, implica ejecutar todo el proceso educativo formal o estatal, desde la alfabetización, continuado con la educación que corresponde al nivel primario, secundario y la educación superior o técnica. La presente tesis está enfocada a internos reincidentes de la ciudad de Chiclayo cuyo

Establecimiento Penal de Varones pertenece a la Oficina Regional Norte; penal en la cual precisamente existe deficiencia en la aplicación de la educación como tratamiento penitenciario, pues el propio Ministerio de Justicia identifica a la Oficina Regional Norte con sede en Chiclayo y a la Oficina Regional de Lima como las regiones con más alto nivel de personas con analfabetismo. Frente a ello el Ministerio de Educación como ente rector del sistema educativo en coordinación con la administración penitenciaria debe realizar ofertas educativas acorde al contexto de reclusión de cada interno y a la peculiaridad de la población penitenciaria (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, pág. 47). Esas deficiencias educativas también se aprecian en los resultados de las encuestas realizadas a internos del Establecimiento Penal de Varones de Chiclayo y del análisis a las sentencias impuestas a reincidentes que se examinará más adelante.

El Ministerio de Justicia reconoce la deficiencia de la oferta educativa por parte del sistema penitenciario, al señalar que a diciembre de 2015 nuestro sistema penitenciario poseía 58 Instituciones de Educación Básica Alternativa (39 periféricas y 19 del INPE), de las cuales 53 pertenece a Educación Técnico Productiva (12 del MINEDU y 41 del INPE) y 5 Instituciones Educativas Iniciales (1 del MINEDU y 4 del INPE). Dicha oferta es insuficiente, dado que existe la carencia de una infraestructura básica necesaria a fin de impartir las enseñanzas educativas a la población penitenciaria educación dentro de cada Establecimiento Penal. De acuerdo al plan estratégico institucional del INPE 2012-2016, la deficiencia en infraestructura dentro de los penales es a causa de que anteriormente los penales no fueron construidos reservando espacios para ser destinados a las áreas educativas, sino que se construyeron teniendo como perspectiva principal a la seguridad que implica una reclusión. Es decir, no se consideró ambientes ni equipos adecuados para el tratamiento educativo. Los docentes del INPE carecen de formación en la modalidad de educación técnico productiva y de educación básica alternativa; carecen de capacitación en ciencia penitenciaria y tratamiento al interno. Existe la carencia de un plan curricular educativo adecuado al entorno que implica para una persona estar privado de la libertad (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, pág. 48).

La realidad nuevamente difiere del mundo ideal del legislador. Pues si es el propio Estado quien por diversas razones (infraestructura, logísticas y recursos humanos) muestra deficiencias para educar a los internos, resulta un contrasentido lo manifestado por nuestro legislador en el CEP (art. 70), al regular como una obligación de cada interno analfabeto la de asistir al programa de educación primaria para adultos y al programa de alfabetización. Del mismo modo es un contrasentido cuando el legislador a través del CEP (art. 71) también obliga a los internos que carecen de oficio conocido o profesión a realizar un aprendizaje técnico, según sus vocación, aptitudes e intereses; pues el propio Estado no provee por ejemplo los programas de alfabetización. Entonces encontramos aquí otra razón más para afirmar que la agravación de la pena para los reincidentes no puede sustentarse en una exigencia de mayor prevención especial de la pena.

4.3. TRATAMIENTO PSICOLÓGICO.

4.3.1. LA ASISTENCIA PSICOLÓGICA COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.

El Sistema Penitenciario Nacional persigue resocializar a los privados de su libertad mediante el tratamiento penitenciario. La asistencia psicológica o tratamiento psicológico constituye uno de los medios de dicho tratamiento penitenciario, que se materializa mediante la aplicación a los internos de las diversas terapias psicológicas, tales como las terapias conductuales o cognitivas, terapias psicoanalíticas, la terapia de Gestalt, o cualquier otra que este orientada a eliminar las conductas antisociales, transformar las conductas adictivas y resocializar al interno.

El tratamiento penitenciario conforme lo reconoce el TC en el fallo emitido en el proceso N° 682-97-HC/TC-Lima (fundamento 4), se lleva a cabo a través de un “sistema progresivo”. En ese contexto, normativamente el CEP (art. 92) entiende a la asistencia psicológica como aquel tratamiento encargado de estudiar la personalidad del recluso y como la responsable de administrar los métodos idóneos a fin de conseguir la finalidad del tratamiento penitenciario. En igual

sentido, el Reglamento del CEP (art. 143) señala que, la asistencia psicológica en los penales consiste en realizar actos para diagnosticar, observar y tratar al recluso, en tanto las conclusiones integran el informe psicológico correspondiente; y el artículo 144 del mismo Reglamento agrega que el personal de asistencia psicológica, son quienes durante el avance del tratamiento penitenciario expiden las opiniones respecto al progreso o retroceso de cada recluso, lo cual sirve de sustento para la decisión correspondiente por parte del Órgano Técnico de Tratamiento.

Entonces, el tratamiento psicológico se encuentra entre uno de los esenciales métodos de tratamiento penitenciario, mediante la cual se mide la progresividad del interno, toda vez que de acuerdo al artículo 145 del Reglamento del CEP La asistencia psicológica consiste en realizar psicoterapias individuales familiares, individuales o grupales, a efecto de lograr el tratamiento penitenciario.

4.3.2. PROBLEMÁTICA EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENALES.

Desde el 2003, es decir antes de incorporarse la reincidencia, el Ministerio de Justicia ya advertía de la insuficiencia de personal en el área de asistencia psicológica a fin de lograr el proceso de resocialización de los reclusos, emitir los informes psicológicos necesarios para los procesos de liberación condicional, semilibertad, indultos, permisos de salida, etc., y para realizar la clasificar a los internos (MINJUS - Comisión Especial creada por R.M. 343-2002-JUS, 2003, pág. 62). De igual manera se advertía deficiencias en infraestructura, esto es ambientes de atención psicológica, por ser reducidos; insuficiencia de profesionales especializados en el área de la asistencia psicológica; y deficiencia presupuestaria del INPE que impedía cubrir las necesidades del servicio psicológico (MINJUS - Comisión Especial creada por R.M. 343-2002-JUS, 2003, págs. 62-63); deficiencias que a la fecha no han sido superadas y de la cual conocen nuestros legisladores por que el documento antes citado incluso se encuentra en su web institucional.

4.4. ASISTENCIA SOCIAL.

4.4.1. LA ASISTENCIA SOCIAL COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.

Dos consecuencias se aprecia al privarse de la libertad a una persona; una más visible e impactante en el núcleo familiar con la ruptura del arraigo entre el interno y su familia, una barrera a la interacción familiar limitada sólo a las visitas temporales de acuerdo a los días y horario que establezca la institución penitenciaria; la otra consecuencia se aprecia cuando el interno está próximo a salir en libertad donde va a tener un recibimiento muchas veces estigmatizado por la sociedad, con limitaciones para acceder al trabajo incluso a la interacción social. A efecto de paliar dichas consecuencias el asistente social juega un papel preponderante.

El contenido de la asistencia social como medio del tratamiento penitenciario también ha sido desarrollado normativamente por el CEP (art. 84), al reseñar a la asistencia social como aquella que implica desarrollar las acciones indispensables que permitan conservar la ilación entre el interno y su familia. Del mismo modo, en el artículo 85 del mismo código, describe los niveles de intervención de la asistencia social, por un lado, señala que participa en el proceso de tratamiento penitenciario al interno, y luego indica que debe cumplir la función de coordinar con la junta de asistencia post penitenciaria con el propósito de obtener un trabajo y un lugar donde vivirá el interno que está próximo a salir en libertad. Dicho tratamiento, corresponde ser ejecutado por las asistentes sociales o trabajadoras sociales debidamente capacitadas y en cantidad suficiente con las que debería contar cada establecimiento penal.

La asistencia social es una especie de terapia que forma parte del tratamiento penitenciario, el cual se materializa a través del apoyo familiar constante y mediante la participación profesional permanente de un asistente social que debe proveer todo Establecimiento Penal, con el propósito de lograr cambiar socialmente al interno y mejorar sus relaciones personales y familiares.

4.4.2. DEFICIENCIAS EN SU APLICACIÓN DE LA ASISTENCIA SOCIAL.

El MINJUS señala que actualmente en la aplicación de la asistencia social no se involucra a la familia, debido a que en demasiados casos los internos se desarraigan de su familia o porque su propia familia constituye per se un entorno riesgoso. De igual manera existe un limitado número de profesionales para asistencia social, lo cual implica deficiencia de intervención y asistencia social a los internos. Para el 2015, el INPE disponía de un 1 asistente social por cada 380 reclusos y reclusas, lo cual implica demasiado por debajo de lo aconsejado, pues para tratar a internos de mínima seguridad, es necesario 1 asistente social por cada 150 reclusos. Dicha realidad resulta ser más grave para los reclusos que se encuentran en máxima y mediana seguridad y para los reclusos del régimen especial (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, pág. 50)

De modo similar a las deficiencias advertidas para los otros tipos de tratamiento penitenciario, la asistencia social está marcada por la falta de personal profesional para dicho fin y por la ausencia de acciones para mantener las relaciones entre el interno y su familia; por ejemplo, no hay presupuesto ni para que el asistente realice las visitas a la familia del interno.

4.5. ASISTENCIA LEGAL.

4.5.1. LA ASISTENCIA LEGAL COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.

La asistencia legal como medio de tratamiento penitenciario se manifiesta con el asesoramiento que deben proporcionar los abogados del INPE al interno durante todo proceso ejecutivo de su condena, tales como para pedir y gestionar alguno de los beneficios penitenciarios, para protestar la observancia de sus derechos fundamentales durante su internamiento, etc. El CEP (art. 87) señala que, en todos los penales opera el servicio comisionado para proporcionar asesoramiento legal gratuito a los reclusos y para dar asesoramiento a las administraciones penitenciarias; en congruencia con ello, el mismo CEP (art. 89) describe al

asistente legal como el encargado de atender las consultas que le realicen los internos y de asesorarlos de manera adecuada, asumiendo de manera preferencial la defensa de los internos indigentes. Finalmente, el artículo 90 del mismo señala que la asistencia legal también implica asesorar y ayudar al interno para organizar y tramitar sus expedientes a fin de obtener sus beneficios penitenciarios.

4.5.2. DEFICIENCIAS EN LA ASISTENCIA LEGAL.

Los establecimientos penales no cuentan con abogados para asesorar a los internos en sus procesos penales, en la ejecución de su pena, en el trámite de sus beneficios penitenciarios, etc.; con gran esfuerzo los abogados del INPE se alcanzan para emitir los informes jurídicos que se emite ante un pedido de beneficio penitenciario o para asesorar a la administración penitenciaria emitiendo informes técnicos o absolviendo consultas jurídicas. El establecimiento penal de Chiclayo por ejemplo cuenta con un abogado asignado a la administración, mas no existe abogado asignado para asistencia a los internos menos para asumir sus defensas; por eso en mi experiencia fiscal nunca he visto que en un incidente de beneficio penitenciario el interno haya sido asesorado por un abogado del INPE, como si ocurre con la defensoría pública.

El propio Ministerio de Justicia identifica como uno de los problemas que se presenta en los servicios del área legal de todo establecimiento penitenciario, el hecho de que, no cuentan con una infraestructura adecuada a efecto de garantizar la atención legal a los internos procesados o sentenciados, ya que deben usar espacios de manera compartida con los demás profesionales que prestar servicios en un penal. De igual modo identifica como una necesidad aumentar el número de abogados, lo cual debe ser proporcional al crecimiento de la comunidad penitenciaria, para de esa manera pueda existir exacta y apropiada correspondencia entre demanda y disposición para la atención (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, págs. 50-51).

4.6. ASISTENCIA EN SALUD.

4.6.1. LA ASISTENCIA EN SALUD COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO.

La asistencia sanitaria o en salud dentro del sistema penitenciario, entraña la concreción de operaciones para prevenir, tratar, promocionar y recuperar la salud de los reclusos, encuadradas en los lineamientos, acciones y políticas nacionales dispuestas por el Ministerio de Salud (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, pág. 51). Por eso, como señala en la formalidad el CEP (art. 77), todo penal posee un servicio médico básico dirigido por los profesionales de la salud, que tienen la función de encargarse del bienestar de cada recluso y supervisar la situación medio ambiental del destacamento penitenciario.

Para el desarrollo de una adecuada atención a la salud de los internos, se requiere también de infraestructura y equipamiento médico integral, así el CEP (art. 79), nuevamente en la formalidad exige a los destacamentos penales estar provistos de ambientes destinados a atenciones de emergencias y urgencias, ambulatorias y/o de internamiento. De igual modo deben contar con áreas para aislamiento a internos con enfermedades infectocontagiosas, para la atención y el tratamiento psiquiátrico a los internos alcohólicos y toxicómanos. Ello, con el objetivo de lograr la curación y rehabilitación de cada interno durante el cumplimiento de su condena.

4.6.2. DEFICIENCIAS EN LA ATENCION A LA SALUD PENITENCIARIA.

La identificación de las deficiencias en el tratamiento penitenciario parte de contrastar lo que dice la ley enmarcada en un mundo ideal vs la realidad. El reglamento del CEP (art. 123) describe que, la asistencia sanitaria en un penal persigue el tratamiento, la prevención y rehabilitación; haciendo hincapié en la prevención de las enfermedades transmisibles. Agrega en ese mundo ideal el artículo 124 del mismo reglamento, que la administración de los penales ofrecerá a la totalidad de internos una atención médica igual a la que brinda a cualquier persona en libertad; asimismo debe entregarle los medicamentos y demás

asistencia básica que necesite para la atención de su salud. Es decir, equipara que la asistencia a la salud del interno debe ser igual como si estuviera en libertad.

El Consejo Nacional de Política Penitenciaria del MINJUS reconoce al INPE como la entidad que debería suministrar atención médica a la población penitenciaria mediante la intervención de múltiples profesionales relacionados a la salud (odontólogos, médicos, obstetras, psicólogos etc.). Pero advierte que, hasta noviembre del 2015, solo se contaba con 67 médicos y 252 psicólogos, lo cual implica la asignación de un solo médico para 1146 reclusos y reclusas. De modo similar, el propio INPE reconoce ausencia de capacitación y especialización a los trabajadores que atienden a la salud de la población penitenciaria del régimen cerrado. Finalmente, se identifica a la deficiencia presupuestaria como la causa que impide implementar un sistema de atención primaria de salud en cada centro penitenciario (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, pág. 51).

Por otro lado, el INPE reconoce que para el 2016 se carecía con alrededor de un 50% del personal necesario para atender a la salud de la población penitenciaria del régimen cerrado y también reconoció deficiencias en la infraestructura para cada área de salud y equipos médicos necesario para brindar la referida atención a la salud (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, pág. 52). Entonces, existe una insignificante o mínima atención a la salud de la población penitenciaria, lo cual se ve reflejado en la agudización de diversas enfermedades como la tuberculosis de la cual padece el 30% de la población penitenciaria, debido a que para el 2015 se identificó 1970 casos a nivel nacional o afecciones como el vih/sida que para ese mismo año se identificó que 634 personas de la población penal tenían dicho diagnóstico (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, pág. 53).

En cuanto a la salubridad de los penales, el propio INPE a través de la Sub Dirección de Salud Penitenciaria, reconoce deficiencias graves en la gestión de los residuos sólidos bio-contaminados por diversas causas tales como ausencia de recojo de los residuos, ausencia de pozos sépticos, etc. (MINJUS-CNPC-D.S. 005-2016-JUS, 2016, pág. 54). Dicha realidad también se aprecia directamente al concurrir al penal de varones de Chiclayo, donde se aprecia que los internos viven

en escenarios de salubridad e higiene infrahumanas, en celdas hacinadas, el agua potable existe sólo por horas, los desagües colapsados, presencia de roedores, olores insoportables, etc. Lo cual obviamente supone una deficiencia en la atención a la salud de la población penitenciaria, debido a que la rehabilitación y resocialización también se logra con un establecimiento penal saludable y salubre.

En conclusión, en el área de salud, existe deficiencias de personal para la atención a la salud de los internos, deficiencia en infraestructura para los servicios de salud, ausencia de instrumentos o equipamiento médico adecuado, falta de presupuestos para una debida asistencia médica y ausencia de un adecuado manejo de los residuos contaminantes provenientes de los propios penales.

4.7. ASISTENCIA RELIGIOSA.

La asistencia religiosa ha sido reconocida normativamente por el CEP (art. 93) como un instrumento más de tratamiento penitenciario, al describir que, la administración penitenciaria protege el derecho al libre culto y propicia los instrumentos para ejercer dicho derecho, por lo cual todo interno está facultado para peticionar recibir asistencia por cualquier ministro de la religión que practica. Por su parte del artículo 94 del mismo código reconoce que los internos no pueden ser obligados a asistir o impedidos de asistir a los actos de culto.

El Este tipo de tratamiento penitenciario tiene una afinidad natural con el derecho a la libertad de religión. El Supremo Interprete de la Constitución, sostuvo en el veredicto (fundamento 3) emitido en el proceso N° 0895-2001-AA/TC - Lambayeque que, la libertad de religión supone la facultad o libertad de toda persona de pertenecer a cualquier confesión religiosa, practicar el culto y de expresar en privado y públicamente sus convicciones religiosas.

En el Establecimiento Penal de Chiclayo, al igual que en otros Establecimientos Penales del país, algunos internos reciben este tipo de tratamiento básicamente por parte de agentes pastorales de religiones distintas a la católica; así en las encuestas realizadas con motivo del presente trabajo, en el

penal de Chiclayo se identificó sólo un interno reincidente que profesaba religión distinta a la católica.

5. CRISIS DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO.

5.1. CAPACIDAD DE ALBERGUE, SOBREPoblACIÓN Y HACINAMIENTO.

El INPE da cuenta que desde 1997 al 2011 (14 años) la población penitenciaria aumentó de 24,297 a 52,700 internos. De los cuales por ejemplo únicamente del 2010 al 2011 aumentó 7,246 reclusos. Dicho aumento de la población penitenciaria tiene como principales causas la proclividad por aumentar las penas de privación de la libertad, la incorporación o ampliación de nuevos delitos, la disminución de acceso a beneficios penitenciarios y el crecimiento de la incidencia delictiva (INPE-PEI-R.N. 373-2012-INPE/P, 2012-2016, pág. 11). Para diciembre de 2017 la población penal en todos los penales del Perú llegó a 85,811 reclusos (INPE-Informe Estadístico Penitenciario, Diciembre 2017, pág. 6). Ello evidencia que la sobrepoblación y hacinamiento se debe a todas las circunstancias que se identifican con el modelo del populismo punitivo o de seguridad ciudadana.

Se denomina capacidad de albergue al aforo máximo con el que cuenta un Establecimiento Penal a efecto de alojar a los internos. El exceso de dicho aforo máximo se denomina sobrepoblación. El exceso por sobrepoblación en un 20% de la capacidad para albergar, recibe la denominación de sobrepoblación crítica o hacinamiento. El mes de diciembre de 2014, entre la población penitenciaria y la capacidad de albergue se reportó una diferencia de 39,771 reclusos, lo cual equivale al 124% de la capacidad de albergue (INPE-IEP, Dic. 2014, pág. 10). Luego para diciembre de 2015, entre la población penitenciaria y la capacidad de albergue se reportó una diferencia de 44,256 internos lo cual equivale al 134% de la capacidad de albergue; eso significa que todos esos reclusos carecerían de albergue en el sistema penitenciario (INPE - IEP, Dic. 2015, pág. 10); pues dicho porcentaje implica un hacinamiento crítico.

De manera específica en el caso del Penal de Varones de Chiclayo (incluye el de Mujeres) la capacidad de albergue, población y hacinamiento en diciembre de 2014, diciembre de 2015 y diciembre de 2017 era la siguiente:

AÑO	Oficina Regional Norte Chiclayo	Departamento	Provincia	Distrito	Capacidad de Albergue	Población Penal	Sobre Población (S)	% Sobre Población (%S)	Hacinamiento (%S > 20%)
Dic 2014 (INPE-IEP, Dic. 2014)	E.P. de Chiclayo	Lambayeque	Chiclayo	Picshi	1143	3019	1876	164%	SI
Dic 2015 (INPE - IEP, Dic. 2015)	E.P. de Chiclayo	Lambayeque	Chiclayo	Picshi	1143	3286	2143	187%	SI
Dic 2017 (INPE-IEP, Dic. 2017)	E.P. de Chiclayo	Lambayeque	Chiclayo	Picshi	1143	3947	2804	245.00 %	SI

5.2. PRIMARIOS Y REINGRESANTES EN LAS ESTADÍSTICAS DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO – INPE: PERIODO 2014-2105.

El INPE ha publicado en su web institucional los informes estadísticos penitenciarios mensuales desde el año 2012 hasta el año 2017. Para el presente trabajo se ha recogido como muestra los informes estadísticos del mes de enero de 2014 (INPE: IEP, Ene. 2014), diciembre de 2014 (INPE-IEP, Dic. 2014), febrero de 2015 (INPE: IEP., Feb. 2015) y diciembre de 2015 (INPE - IEP, Dic. 2015), por ser el periodo al cual se ha limitado la presente investigación.

Los cuatro informes estadísticos antes referidos tienen en común un capítulo N° IX titulado “primarios y reingresantes”, en el cual se aprecia que para el sistema penitenciario la diferencia entre un primario y un reingresante reside en el número de ingreso a un penal. Así denomina “interno primario” al interno que sólo registra un ingreso a un penal aun cuando se encuentre condenado por otro delito siempre que no implique la privación de su libertad (prestación de servicios a la comunidad, privación de la libertad suspendidas, limitación de días libres, vigilancia electrónica personal, etc.); y denomina “interno reingresante” al recluso que tiene registrado dos o más ingresos a un establecimiento penitenciario, indistintamente si al tiempo del ingreso se encontraba procesado o condenado

5.2.1. REINGRESANTE, REINCIDENTE Y HABITUAL: PERIODO 2014-2015.

En el punto 9.1. del capítulo IX de los cuatro informes estadísticos tomados como muestras (del mes de enero de 2014, diciembre de 2014, febrero de 2015 y diciembre de 2015), el INPE aclara que cuando un interno sale del penal sin haber culminado su proceso penal (por libertad procesal o por haberse variado el mandato de detención) y luego al culminar su proceso es condenado a una pena que implica su regreso a un penal (pena de privación de la libertad), dicho regreso ya no es considerado como reingresante por el sistema penitenciario; precisión relevante, pues implica que los reingresos registrados siempre han sido por razón de otro u otros proceso, lo cual implica un indicador objetivo para afirmar que los registrados en la estadísticas del INPE como reingresantes serían reincidentes.

En el numeral 9.1. del capítulo IX de los cuatro informes estadísticos antes referidos, el INPE también ha publicado una tabla titulada “población de internos según número de ingresos del mes (...)”, la cual contiene datos estadísticos por cada mes de la cantidad total de internos a nivel nacional, de esa totalidad distingue la cantidad de internos que registran un solo ingreso al penal (interno primario) y también la cantidad de internos que registran desde 2 hasta 12 a más ingresos al penal (interno reingresante), los cuales tendrían la condición de reincidentes, datos estadísticos que de cada informe se sintetizan en las cuatro tablas siguientes:

a.- INPE: Informe estadístico enero 2014 (INPE: IEP, Ene. 2014).

Total	N° DE INGRESOS											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12 a mas
67652	47893	11521	4045	1902	983	566	320	186	90	61	42	43

b.- INPE: Informe estadístico diciembre 2014 (INPE-IEP, Dic. 2014).

Total	N° DE INGRESOS											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12 a mas
71961	51516	12047	4203	1899	992	577	308	184	95	63	35	42

c.- INPE: Informe estadístico febrero 2015 (INPE: IEP., Feb. 2015).

Total	N° DE INGRESOS											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12 a mas
72592	52045	12122	4231	1890	990	580	304	189	97	63	37	44

d.- INPE: Informe estadístico diciembre 2015 (INPE - IEP, Dic. 2015).

Total	N° DE INGRESOS											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12 a mas
77,242	56,363	12,400	4,374	1,851	1,002	533	296	174	99	63	39	48

ANÁLISIS: En cada una de las cuatro tablas se aprecia que:

- En la tabla del mes de enero de 2014 el total de internos a nivel nacional es de 67,652; de esa totalidad la cantidad de 19,759 internos registran de 2 a 12 a más ingresos a un penal, es decir son “internos reingresantes”.
- En la tabla del mes de diciembre de 2014 el total de internos a nivel nacional es de 71,961; de esa totalidad la cantidad de 20, 445 internos registran de 2 a 12 a más ingresos a un penal, es decir son “internos reingresantes”.
- En la tabla del mes de febrero de 2015 el total de internos a nivel nacional es de 72,592; de esa totalidad la cantidad de 20,547 internos registran de 2 a 12 a más ingresos a un penal, es decir son “internos reingresantes”.
- En la tabla del mes de diciembre de 2015 el total de internos a nivel nacional es de 77,242; de esa totalidad la cantidad de 20,879 internos registran de 2 a 12 a más ingresos a un penal, es decir son “internos reingresantes”.

CONCLUSIÓN: Del análisis de las cuatro tablas que contienen datos estadísticos mensuales elaborados por el INPE se puede concluir que:

- En cada uno de los cuatro informes estadísticos analizados, el INPE precisa que cada reingreso siempre ha sido por razón de otro u otros procesos, lo cual evidencia que dichos reingresantes serían agentes reincidentes (siendo el único supuesto de negación que luego de haber ingresado al penal hayan sido absueltos).
- Pero lo más relevante, es que al comparar los cuatro informes estadísticos del INPE en orden cronológico, se aprecia un incremento progresivo del número de “internos reingresantes”, pues en enero de 2014 había 19,759 internos reingresantes y en diciembre de 2015 había 20,879 internos reingresantes a un penal; lo que implica un aumento progresivo de la reincidencia en el delito. Resultados estadísticos que sirven para corroborar los resultados del trabajo de campo realizado en la presente tesis que serán analizados más adelante.

5.2.2. REINGRESANTES POR DELITOS ESPECÍFICOS: PERIODO 2014-2015.

En el punto 9.2. del capítulo IX de cada uno de los cuatro informes estadísticos tomados como muestras (enero de 2014, diciembre de 2014, febrero de 2015 y diciembre de 2015), el INPE también proporciona datos estadísticos de la “población penal por número de ingresos según delito específico”, es decir de la totalidad de reclusos de todo el país distingue la cantidad de internos que tienen un solo ingreso a un penal y la cantidad de internos que tienen de dos o más ingresos a un penal, pero a su vez lo hace teniendo en cuenta el tipo de delito específico.

En el punto 9.1. del capítulo IX de cada informe estadístico antes referido, el INPE precisa que un análisis de la población reingresante por delito específico, muestra a una población penitenciaria mayoritaria proveniente de la comisión de delitos patrimoniales (robo, extorsión, hurto, receptación, etc.); en segundo orden se encuentra la población penitenciaria infractora de delitos contra la salud pública (tráfico ilícito de drogas) y en tercer lugar a aquella población penal infractora de los delitos contra la libertad (violación de la libertad sexual, secuestro, etc.). El INPE tiene como finalidad resocializar a los internos. Entonces, conocer la cuantía de internos reingresantes a los establecimientos penales, constituye un indicador para calcular el cumplimiento de la referida finalidad. Dichos datos estadísticos se describen en las siguientes cuatro tablas:

a.- INPE: Informe estadístico enero 2014 (INPE: IEP, Ene. 2014).

Delitos específi cos	% por delit os	Total	N° DE INGRESOS											
			1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12 a ma s
Total general	100 %	6765 2	47893	1152 1	404 5	190 2	983	566	320	186	90	61	42	43

Robo Agravado	29%	19319	12054	4174	1591	724	333	196	118	53	32	22	13	9
TID	12%	8153	6147	1188	395	178	105	55	26	27	13	8	5	6
VLS Menor de edad	8%	5643	4799	661	106	41	17	13	3	2	0	1	0	0
Etc (18 delitos más)														

b.- INPE: Informe estadístico diciembre 2014 (INPE-IEP, Dic. 2014).

Delitos específicos	% por delitos	Total	N° DE INGRESOS											
			1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12 a mas
Total general	100%	71961	51516	12047	4203	1899	992	577	308	184	95	63	35	42
Robo Agravado	28.5%	20475	13062	4307	1634	722	325	185	109	50	33	24	14	10
TID	11.9%	8553	6605	1177	390	173	85	49	28	23	11	5	3	4
VLS Menor de edad	8.5%	6151	5255	708	114	36	13	16	5	2	0	1	0	1
Etc. (18 delitos más)														

c.- INPE: Informe estadístico febrero 2015 (INPE: IEP., Feb. 2015).

Delitos específicos	% por delitos	Total	N° DE INGRESOS											
			1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12 a mas

Total general	100%	72592	52045	12122	4231	1890	990	580	304	189	97	63	37	44
Robo Agravado	28.7%	20847	13419	4318	1635	721	325	186	110	51	34	23	15	10
TID	11.5%	8312	6434	1156	365	159	79	49	24	23	11	5	3	4
VLS Menor de edad	8.6%	6232	5327	707	121	39	13	16	5	2	0	1	0	1
Etc. (18 delitos más)														

d.- INPE: Informe estadístico diciembre 2015 (INPE - IEP, Dic. 2015).

Delitos específicos	% por delitos	Total	N° DE INGRESOS											
			1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12 a mas
Total general	100%	77,242	56,363	12,400	4,374	1,851	1,002	533	296	174	99	63	39	48
Robo Agravado	28.1%	21,680	14,382	4,293	1646	660	325	163	100	44	28	19	11	9
TID	10.1%	7,764	6,106	1,014	318	149	79	34	21	23	9	4	2	5
VLS Menor de edad	9.1%	7,001	6,030	774	122	41	11	12	6	2	0	1	0	2
Etc. (18 delitos más)														

ANÁLISIS: De las estadísticas plasmadas en las cuatro tablas antes descritas, se aprecia al Robo Agravado como el delito con mayor registro porcentual de internos reingresantes a un penal, vale decir, la mayor reincidencia ocurre en los delitos de Robo Agravado; en segundo lugar, sigue el delito de Tráfico Ilícito de Drogas; luego Violación Sexual y seguidamente los demás diversos delitos.

CONCLUSIÓN: Los datos estadísticos de los cuatros meses analizados correspondientes a los años 2014 y 2015, evidencian que el mayor porcentaje de reincidencia delictiva se produce en el ilícito de Robo Agravado; secundado del injusto penal de Tráfico Ilícito de Drogas. Resultados estadísticos que sirven para corroborar los resultados del trabajo de campo que se analizaran en el marco metodológico.

6. LOS RESULTADOS DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN EL PERÚ.

6.1. EL FRACASO DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO PARA ALCANZAR EL FIN PREVENTIVO ESPECIAL DE LA PENA.

Hemos detallado en extenso en secciones anteriores que, el propósito de la incorporación de la reincidencia para el legislador, obedece al anhelo de incrementar la pena por razones de prevención especial. Dicho de otra manera, nuestro legislador concibe que, si un sujeto reincide en el delito, es porque la pena anterior que ha sufrido no fue suficiente para lograr resocializarlo; ante lo cual habría que aumentarle la pena para lograr dicha finalidad preventiva especial de la sanción.

De acuerdo a nuestra normativa de ejecución penal, los instrumentos o medios para conseguir rehabilitar, reeducar y reincorporar a un recluso a la comunidad, se obtiene utilizando los diversos tipos de tratamiento penitenciario que regula el Código de Ejecución Penal y su respectivo Reglamento. Pero también ha quedado en evidencia que si bien nuestro país tiene un marco normativo ideal para el tratamiento penitenciario; sin embargo la realidad está muy lejos de cumplir dicho marco normativo; porque sencillamente el Estado no viene cumpliendo con ejecutar el tratamiento penitenciario a fin de reeducar, resocializar y reincorporar a los reclusos a la comunidad (finalidad preventivo especial de la pena); incluso el propio Ministerio de Justicia por intermedio de su Política Nacional Penitenciaria y Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2016 – 2020 autorizado mediante D. S. N° 005-2016-JUS reconoce que en los establecimientos penales de nuestro país, lo cual incluye al de Chiclayo, no ejecutan el tratamiento penitenciario por diversas causas tales como, falta de infraestructura, de medios logísticos, del recurso humano que se requiere

para la ejecución del tratamiento penitenciario (psicólogos, asistentes sociales, abogados, antropólogos, médicos, etc.), falta de preparación científica y técnica del personal encargado de llevarlo adelante, etc.

Es palmario que la privación de la libertad caracterizado por el solo encierro sin un efectivo tratamiento penitenciario para reformar la conducta del interno, jamás llevará a conquistar la resocialización de la persona o a lograr la finalidad preventiva de la pena, afirmación que se fundamenta en varias razones, las cuales son una descripción de real papel que viene cumpliendo los penales en nuestro país y en concreto de Chiclayo:

- Es notorio que en la intimidad de los penales y en concreto en el penal de Chiclayo se coordinan, planifican y dirigen a través de los autores ejecutivos que se encuentran en libertad los delitos más graves que afectan a nuestra sociedad, tales como los delitos patrimoniales o delitos que lesionan o ponen en peligro la vida o la integridad. Entonces, los penales han dejado de ser centros de reforma y rehabilitación como lo pregonaba la ley, para convertirse en centros de instrucción o adiestramiento del crimen, comúnmente llamados escuelas del crimen.
- Todas las deficiencias narradas en líneas anteriores de las cuales adolecen los centros de reclusión, materializadas en la ausencia de herramientas, medios, infraestructura, personal suficiente y capacitado, etc., son las que frustran la materialización de todo tratamiento penitenciario ideal, lo cual a su vez imposibilita conquistar la finalidad preventiva de la sanción penal.

Entonces si el Código de Ejecución Penal y su reglamento señalan que la resocialización del interno se logra a través del tratamiento penitenciario, pero el Estado a través del INPE no ejecuta dicho tratamiento penitenciario; la conclusión es más que obvia, no se puede justificar agravar la pena al reincidente con fines preventivos especiales, debido a que el fracaso de la finalidad preventiva especial de la sanción es imputable al Estado y no al interno.

6.2. UNA ALTERNATIVA PARA LA EJECUCIÓN DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO.

Es claro que no se previene la reiteración delictiva agravando las penas al agente, es necesario ejecutar de manera efectiva todos los tipos de tratamiento penitenciario que regula nuestra normativa; en ese contexto una alternativa para tal fin puede ser la propuesta planteada por un estudio respaldado por la Universidad ESAN, donde en síntesis se propone privatizar los establecimientos penales vía concesiones, teniendo como meta principal resocializar al interno vía la reducción del hacinamiento, mejorando el entorno carcelario y aplicando un adecuado tratamiento penitenciario. Proponiendo al concesionario cumplir determinados indicadores para mejorar la gestión penitenciaria, tales como la progresión en la conducta de los internos, mejorando la salud, reduciendo las penas por buena conducta, reduciendo la incidencia en la reiteración delictiva, pero sobre todo indicadores pospenitenciarios tales como lograr un trabajo para el recluso luego de haber salido del penal o lograr reinsertar al interno a la sociedad (Cárcamo Enrique y otros, 2015, pág. 86).

CAPITULO III

MARCO METODOLOGICO

1. DISEÑO DE CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS.

En la presente investigación el campo de estudio comprende, la información doctrinaria expuesta donde resalta las estadísticas de los reingresantes y reincidentes emitida por el INPE de los años 2014 y 2015, la información obtenida de casos sentenciados por los dos Juzgados Penales Colegiados de Chiclayo durante los años 2014 y 2015 en los cuales se ha aplicado la agravante de la reincidencia, y la información estadística obtenida en las encuestas mediante cuestionario realizada a internos del Establecimiento Penal de Varones de Chiclayo identificados como reincidentes.

2. POBLACION Y MUESTRA:

En cuanto a la información estadística obtenida por las encuestas mediante cuestionario que se ha realizado a internos sentenciados del Establecimiento Penal de Varones de Chiclayo identificados como reincidentes; la población comprende la totalidad de los internos condenados del Penal de Varones de Chiclayo que tienen la cualidad de reincidentes. De dicha población, la muestra objeto de estudio ha sido 22 internos reincidentes que han sido encuestados conforme al formato del cuestionario.

Respecto a la información de los casos sentenciados por los dos Juzgados Penales Colegiados de Chiclayo donde se ha aplicado la agravante de la reincidencia, la población está determinado por la totalidad de sentencias emitidas por el Primer y Segundo Juzgado Penal Colegiado de Chiclayo en los años 2014 y 2015, que según información proporcionada por la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en el 2014 ambos juzgados emitieron un total de 338 sentencias, y en el 2015 un total de 409 sentencias. De dicha población, la muestra que ha sido estudiada son 19 procesos judiciales cuyas sentencias han sido emitidas en los años 2014 y 2015 en las cuales los Juzgados Penales Colegiado ha aplicado la agravante de la reincidencia.

3. ANALISIS DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS DE LA INVESTIGACIÓN.

3.1. SOBRE LA REINCIDENCIA EN RELACION A LA FUNCION PREVENTIVA GENERAL INTIMIDATORIA.

La reincidencia en relación a la utilidad preventiva general de la pena, está relacionado a determinar si agravar la pena por reincidencia llega a intimidar a quien ya ha cumplido una pena anterior, y a causa de tal temor finalmente evitar cometer nuevos delitos (prevención general negativa).

Para determinar dicho objetivo se realizó una encuesta a 22 internos todos de sexo masculino del establecimiento Penal de Varones de Trujillo, quienes han sido condenados como reincidentes, a quienes se les realizó las preguntas que se describen a continuación en cada indicador, con el fin de identificar algunas causas por la cual delinquieron, y fundamentalmente a fin de determinar si agravando la

sanción por reincidencia cumplió algún efecto intimidatorio en sus personas, obteniéndose los siguientes resultados:

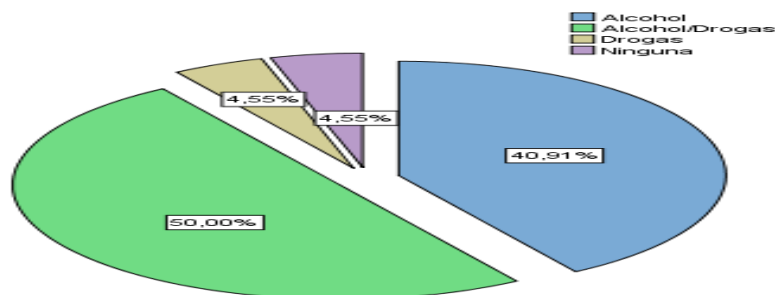
1.- INDICADOR – SUSTANCIAS INGERIDAS.

Tabla. ¿UD HA INGERIDO ALGUNA DE LAS SIGUIENTES SUSTANCIAS?

	Frecuencia	Porcentaje
Alcohol	9	40,9
Alcohol y Drogas	11	50,0
Drogas	1	4,5
Ninguna	1	4,5
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. ¿UD HA INGERIDO ALGUNA DE LAS SIGUIENTES SUSTANCIAS?



Análisis: Según el gráfico se percibe que, un 50 % de los reincidentes encuestados indicaron que ingirieron en algún momento tanto alcohol como drogas; el 40.9 % sólo alcohol; el 4.5 % solo drogas; y el 4.1 % indicó no haber ingerido dichas sustancias.

Interpretación: Los resultados indican que la mayor parte de los reincidentes encuestados ingirieron drogas y alcohol, las cuales son sustancias que generalmente alteran la conciencia o pueden originar un estado de inconciencia (incapacidad de comprender el acto o privación de la capacidad intelectual y volitiva), sustancias que en el marco teórico han sido identificadas como una de las causas del delito (causas internas del individuo); luego el 40.9 % indicó haber

ingirió sólo alcohol, sustancia también relacionada a las causa del delito; y finalmente sólo un encuestado que representa el 4.5 % refirió no haber ingerido sustancia alguna. Lo cual permite vincular las causas del delito con el consumo de dichas sustancias.

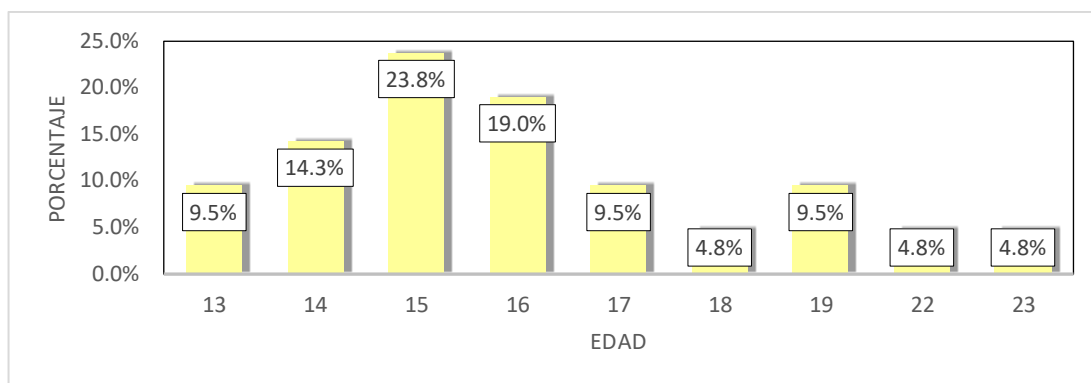
2.- INDICADOR – EDAD EN LA QUE COMENZÓ A INGERIRLAS.

Tabla. ¿A QUE EDAD USTED COMENZÓ A INGERIR LAS SUSTANCIAS ANTES REFERIDAS?

	FRECUENCIA	PORCENTAJE (%)
13	2	9,5
14	3	14,3
15	5	23,8
16	4	19,0
17	2	9,5
18	1	4,8
19	2	9,5
22	1	4,8
23	1	4,8
TOTAL	21	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. ¿A QUE EDAD USTED COMENZÓ A INGERIR LAS SUSTANCIAS ANTES REFERIDAS?



Análisis: Según el gráfico se advierte que, el 23.8% de los encuestados afirma haber empezado a consumir las sustancias a los 15 años; el 19.0% a los 16 años; en tercer lugar, el 14.3% a los 14 años; en cuarto lugar, el 9.5% a los 13, 17 y 19 años; y finalmente el 4.8% a los 18, 22 y 23 años.

Interpretación: Los resultados indican que de todos los encuestados que refirieron haber consumido sustancias lo han hecho entre los 13 a 23 años de edad; y el mayor porcentaje empezó a consumir a los 15 años de edad; lo que evidencia la necesidad de adoptar otras políticas preventivas diferentes a la penal desde la adolescencia.

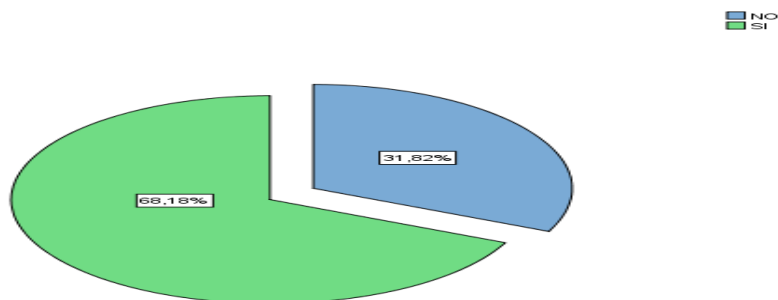
3.- INDICADOR – VIOLENCIA FAMILIAR.

Tabla. ¿HA SIDO UD VICTIMA DE VIOLENCIA FAMILIAR?

	Frecuencia	Porcentaje
NO	7	31,8
SI	15	68,2
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. ¿HA SIDO UD VICTIMA DE VIOLENCIA FAMILIAR?



Análisis: Según el gráfico se advierte que, el 68.2% de los encuestados sufrieron actos de violencia familiar; y el 31.82% refiere que no fue así.

Interpretación: Los resultados indican que la mayor parte de agentes reincidentes han sufrido actos de violencia familiar; lo que permite identificar los actos de violencia familiar con las causas de la reincidencia delictiva, que en el marco se ha indicado como una de las causas del delito.

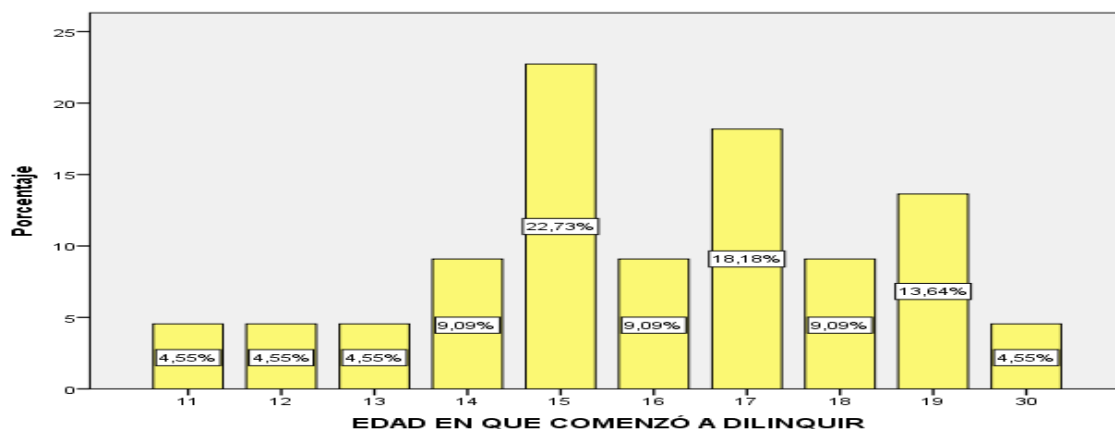
4.- INDICADOR – EDAD EN LA QUE COMENZÓ A DILINQUIR

Tabla. ¿A QUE EDAD COMENZÓ UD A DILINQUIR?

	Frecuencia	Porcentaje
11	1	4,5
12	1	4,5
13	1	4,5
14	2	9,1
15	5	22,7
16	2	9,1
17	4	18,2
18	2	9,1
19	3	13,6
30	1	4,5
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. ¿A QUE EDAD COMENZÓ UD A DILINQUIR?



Análisis: Según el gráfico se advierte que, el 22.7% de los reincidentes encuestados empezaron a delinquir a los 15 años; en segundo lugar, el 18.2% empezó a delinquir a los 17 años; y un menor porcentaje de 4.5% empezó a delinquir desde los 11, 12, 13 y 30 años.

Interpretación: Los resultados indican que el mayor porcentaje de reincidentes empezaron a delinquir desde la adolescencia, conductas reiteradas sucesivamente; en consecuencia, por la edad en que empiezan a delinquir es necesario adoptar políticas educativas y sociales como medidas preventivas.

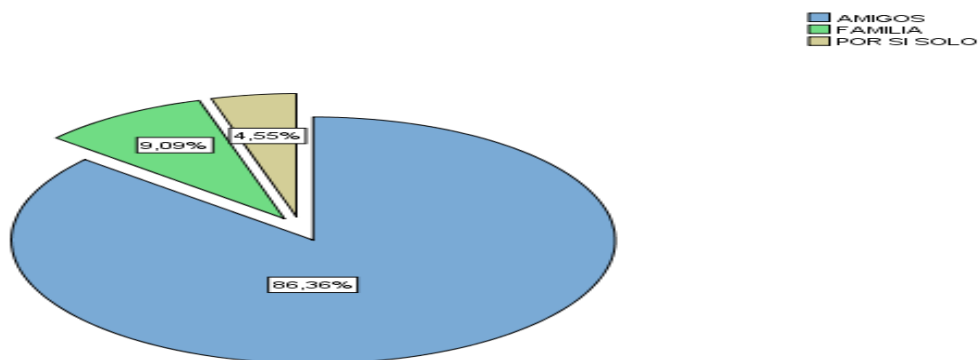
5.- INDICADOR – INFLUENCIA A DELINQUIR.

Tabla. ¿QUIEN LE INFLUENCIO A DELINQUIR?

	Frecuencia	Porcentaje
AMIGOS	19	86,4
FAMILIA	2	9,1
POR SI	1	4,5
SOLO		
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. ¿QUIEN LE INFLUENCIO A DELINQUIR?



Análisis: Según el gráfico se da cuenta que, un 86.36 % de los reincidentes encuestados indicaron que fueron influenciados por amigos; el 9.9 % tuvo influencia en su propia familia; y el 4.55 % incursionó en el delito por sí solo.

Interpretación: Los resultados indican que la mayor parte de los reincidentes encuestados cometieron delitos influenciados por amigos, esto es de acuerdo al marco teórico por causas del grupo social, y un menor porcentaje influenciado por otras circunstancias como su familia; lo que evidencia la necesidad de otras políticas preventivas orientadas a dicho grupo social diferentes a la penal.

6.- INDICADOR – GRADO DE INSTRUCCIÓN.

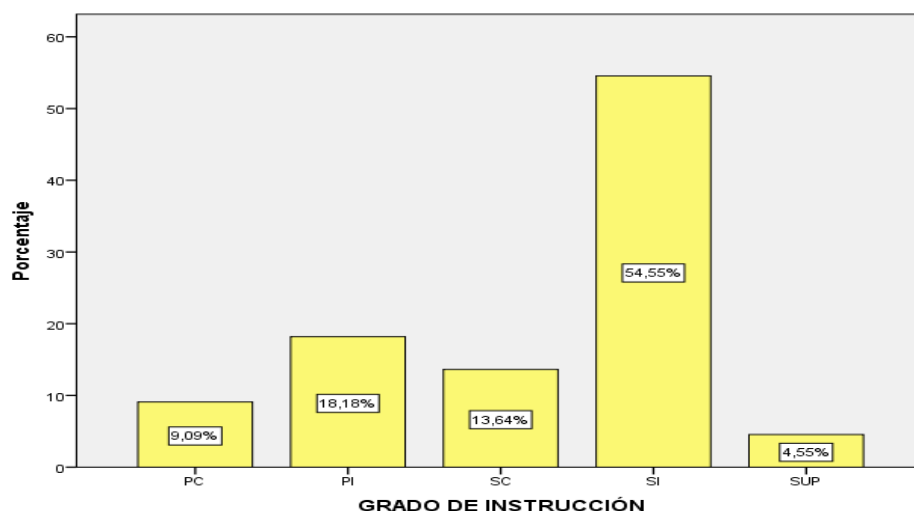
Tabla. ¿QUÉ GRADO DE INSTRUCCIÓN TIENE UD?

	Frecuencia	Porcentaje
PC	2	9,1
PI	4	18,2
SC	3	13,6
SI	12	54,5
<u>SUP</u>	<u>1¹</u>	<u>4,5</u>
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico ¿QUÉ GRADO DE INSTRUCCIÓN TIENE UD?

¹ Indico haber alcanzado estudios superiores técnico en SENATI.



Análisis: Según el gráfico se percibe que, el 54.55% de los reincidentes encuestados indicaron haber alcanzado estudios secundarios incompletos; el 18.18% llegó a primaria incompleta; el 13.6% alcanzó secundaria completa; y sólo el 4.55%, es decir sólo uno de los encuestados tiene estudios superiores.

Interpretación: Los resultados indican que el mayor porcentaje de los reincidentes encuestados no tienen estudios secundarios concluidos, y el segundo porcentaje más alto de 18.2% no alcanzó ni la primaria completa; lo cual permite vincular a los reincidentes con personas de bajo nivel educativo, la cual precisamente fue identificada en el marco teórico como una de las causas del delito.

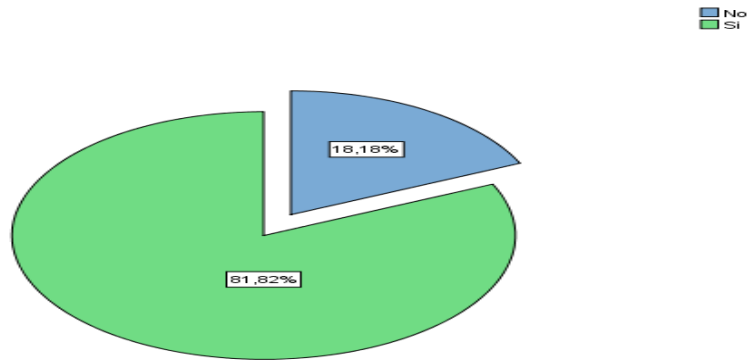
7.- INDICADOR – CONOCIMIENTO DE LOS EFECTOS AGRAVANTES DE LA REINCIDENCIA.

Tabla. ¿ANTES DE REINCIDIR EN EL DELITO, USTED SABIA O TENIA CONOCIMIENTO QUE LA PENA SE AGRAVA PARA LOS REINCIDENTES?

	Frecuencia	Porcentaje
No	4	18,2
Si	18	81,8
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. ¿ANTES DE REINCIDIR EN EL DELITO, USTED SABIA O TENIA CONOCIMIENTO QUE LA PENA SE AGRAVA PARA LOS REINCIDENTES?



Análisis: Según el gráfico se observa que, un 81.82 % de los reincidentes encuestados indicaron que si conocían los efectos agravantes de la reincidencia; y el 18.18% indicó haber desconocido los efectos agravantes de la reincidencia.

Interpretación: Los resultados indican que, más del 80% de los agentes encuestados señalan haber conocido previamente los efectos agravantes de la pena por volver a reincidir en el delito, sin embargo, volvieron a delinquir, lo cual evidencia que la amenaza de mayor pena no logra intimidar al agente para evitar recaer en el delito; por ende, agravar la pena por reincidencia no cumple una utilidad preventiva general intimidatoria de la pena.

8.- INDICADOR – EFECTOS INTIMIDATORIOS DE LA AGRAVACION DE LA PENA POR REINCIDENCIA.

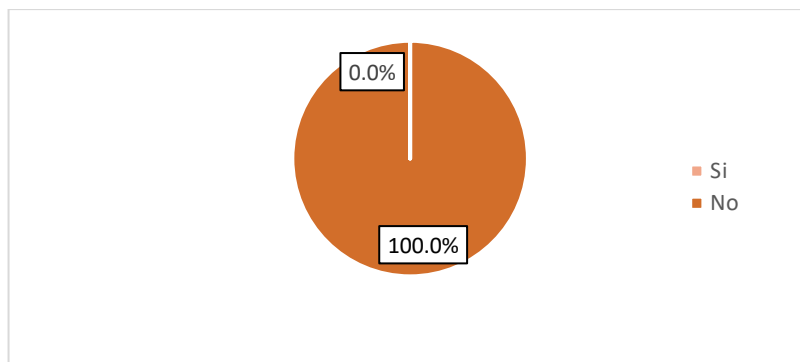
Tabla. ¿AL MOMENTO DE COMETER EL NUEVO DELITO UD TUVO ALGUN TIPO DE MIEDO O TEMOR POR LA PENA MAS GRAVE QUE IBA A RECIBIR?

	Frecuencia	Porcentaje
No	18	100

Si	0	0
Total	18	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. ¿AL MOMENTO DE COMETER EL NUEVO DELITO UD SINTIO ALGUN TIPO DE MIEDO O TEMOR POR LA PENA MAS GRAVE QUE IBA A RECIBIR?



Análisis: Según el gráfico se observa que, el 100% refirió no haber advertido intimidación previa.

Interpretación: Los resultados indican que los agentes reincidentes encuestados a pesar de conocer las consecuencias agravantes de la sanción por reincidencia y a pesar de conocer la amenaza legal de recibir una pena más grave, no los intimidó como para abstenerse de cometer el nuevo delito; lo cual permite concluir que la agravación de las penas por reincidencia no viene cumpliendo su fin preventivo general intimidatorio.

Observación: Todos ellos manifestaron que lo único en que piensan en ese momento es evitar ser descubiertos y detenidos.

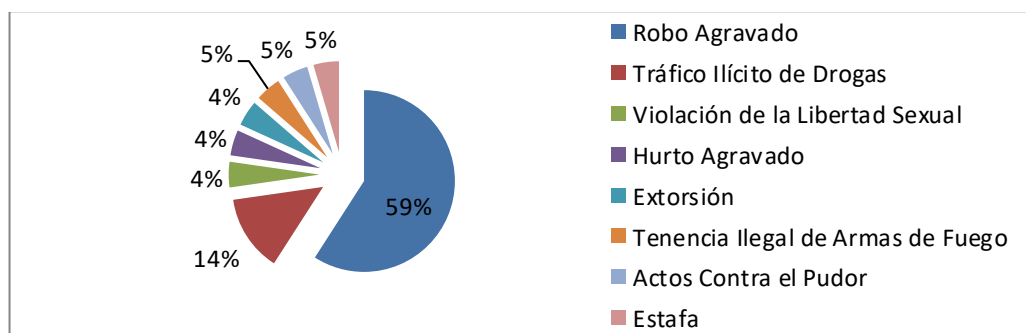
9.- INDICADOR – CLASE DEL SEGUNDO DELITO QUE CONFIGURA REINCIDENCIA.

Tabla. *¿CUÁL ES EL NUEVO DELITO QUE USTED HA COMETIDO QUE HA ORIGINADO LA REINCIDENCIA?*

	Frecuencia	Porcentaje
Robo Agravado	13	59
Tráfico Ilícito de Drogas	3	14
Violación de la libertad Sexual	1	4.5
Hurto Agravado	1	4.5
Extorsión	1	4.5
Tenencia Ilegal de Armas de Fuego	1	4.5
Actos Contra el Pudor	1	4.5
Estafa	1	4.5
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. *¿CUÁL ES EL NUEVO DELITO QUE USTED HA COMETIDO QUE HA ORIGINADO LA REINCIDENCIA?*



Análisis: Según el gráfico, el 59% de los internos reincidentes encuestados han reincidido en el tipo penal de Robo Agravado; en segundo lugar, un 14% reincidieron en el tipo penal de Tráfico Ilícito de Drogas; un 4.5 % reincidió en el tipo penal de Violación de la Libertad Sexual; un igual porcentaje reincidieron en el tipo penal de Hurto Agravado, Extorsión, Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, Actos Contra el Pudor y Estafa.

Interpretación: Los resultados evidencian que el mayor porcentaje reincidió en el tipo penal de Robo Agravado, lo sigue en segundo lugar los reincidentes en el tipo penal de Tráfico Ilícito de Drogas; luego con el mismo porcentaje el delito de Violación de la Libertad Sexual, Hurto Agravado, Extorsión, Actos Contra el Pudor, Tenencia Ilegal de Armas de Fuego y Estafa. Resultados que coinciden con los datos estadísticos emitidos por el INPE en los informes de enero de 2014, diciembre de 2014, febrero de 2015 y diciembre de 2016 que fueron analizados en el marco teórico; según los cuales también el mayor porcentaje de reincidencia delictiva ocurrió en el tipo penal de Robo Agravado, escoltado del tipo penal de Tráfico Ilícito de Drogas. Lo cual evidencia la obligación o imperativo de adoptar decisiones de política criminal enfocadas a evitar la reiteración delictiva en dichos delitos específicos.

3.2. SOBRE LA REINCIDENCIA EN RELACION A LA FUNCION PREVENTIVA ESPECIAL RESOCIALIZADORA.

La reincidencia en relación a la función preventiva especial resocializadora, está orientada a determinar si la pena cumplida por el delito anterior y la pena agravada imputada por el nuevo delito reincidente cumplen la finalidad de resocializar, reeducar y reincorporar al condenado a la comunidad, con el propósito de prevenir nuevos delitos futuros (prevención especial positiva o resocializadora).

Para determinar dicho objetivo es que también en la misma encuesta realizada en el Establecimiento Penal de Chiclayo a los 22 internos reincidentes, se les realizó preguntas relacionadas a las condiciones carcelarias y el tratamiento penitenciario que recibieron, a fin de determinar si el tratamiento penitenciario ejecutado por el INPE durante el cumplimiento de la pena de privación de la libertad efectiva, cumplió la finalidad de resocializarlo, reeducarlo y reincorporarlo al sentenciado a la sociedad; obteniéndose los siguientes resultados:

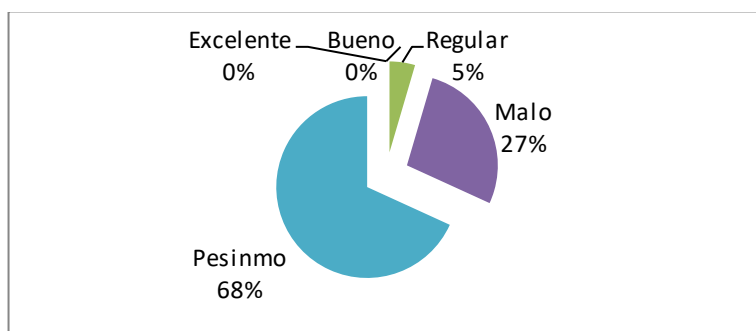
1.- INDICADOR – ALIMENTACIÓN EN EL ESTABLECIMIENTO PENAL.

Tabla. *¿Cuál ES LA CALIDAD DE LOS ALIMENTOS QUE RECIBE EN EL PENAL?*

	Frecuencia	Porcentaje
Excelente	0	0
Bueno	0	0
Mala	6	27,3
Pésimo	15	68,2
Regular	1	4,5
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. *¿Cuál ES LA CALIDAD DE LOS ALIMENTOS QUE RECIBE EN EL PENAL?*



Análisis: Según el gráfico se observa que, el 68% indica que la alimentación recibida es pésima; el 27 % indica que es malo; y el 5% que es regular; pero ninguno ha referido que sea excelente o por lo menos buena la alimentación.

Interpretación: Los resultados indican que los internos cumplen su pena recibiendo alimentación de pésima calidad, circunstancia que menoscaba el derecho fundamental a la salud de cada interno, pese a haber sido considerada por nuestro CEP como un tipo de tratamiento penitenciario que ayuda a la resocialización del interno. Entonces, la pésima alimentación afecta a la salud del interno, y por ende afecta su proceso de resocialización.

2.- INDICADOR – CONDICIONES DE LOS AMBIENTES DEL PENAL.

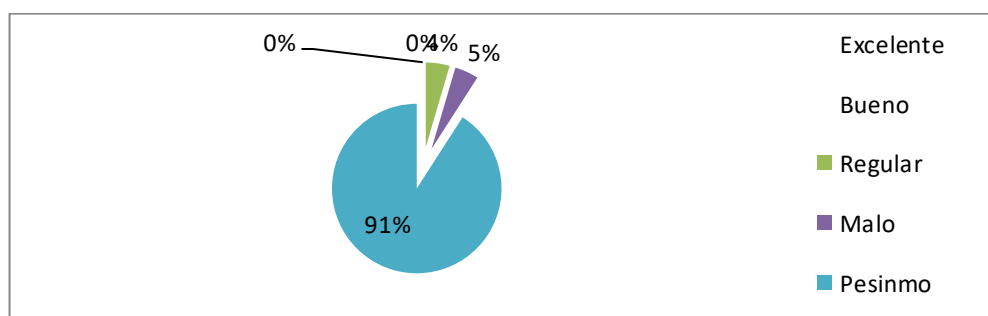
Tabla. ¿Cuáles SON LA CONDICIONES DE CALIDAD DE LOS AMBIENTES DEL PENAL DONDE HABITA?

	Frecuencia	Porcentaje
Excelente	0	0
Bueno	0	0
Mala	1	4,5
Pésimo	20	90,9
Regular	1	4,5
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Nota: Todos refieren estas hacinados.

Gráfico. ¿Cuáles SON LA CONDICIONES DE CALIDAD DE LOS AMBIENTES DEL PENAL DONDE HABITA?



Análisis: Según el gráfico se observa que, el 91% indica que los ambientes del penal son pésimos; sólo el 4.5% ha referido que es regular y malo.

Interpretación: Los resultados ponen de manifiesto el hacinamiento carcelario, el cual constituye uno de los problemas más grandes del Penal de Varones de Chiclayo; lo cual corrobora los datos estadísticos de diciembre de 2014, diciembre de 2015 y setiembre de 2017 emitidos por el INPE referidos en el marco teórico de la presente tesis, en los cuales se informa que dicho penal se encuentra hacinado llegando en setiembre de 2017 a un 241.00% de sobrepoblación. Ello revela que,

no es la falta de pena, sino más bien el hacinamiento carcelario uno de los factores que impide lograr la resocialización de los internos reincidentes.

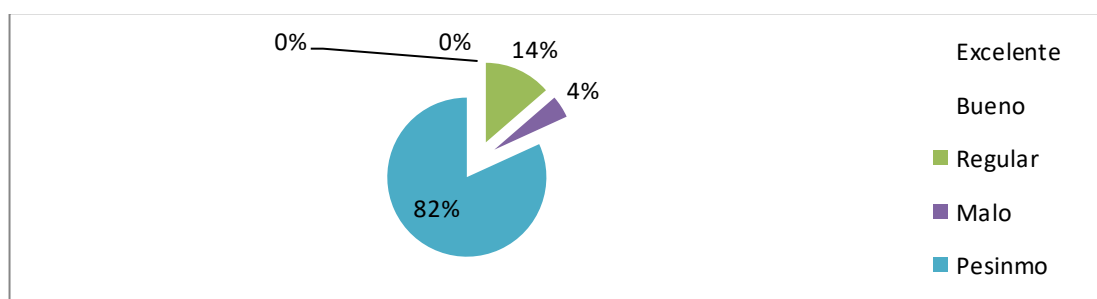
3.- INDICADOR – CONDICIONES DE ATENCIÓN A LA SALUD.

Tabla. *¿Cuál ES LA CALIDAD DE ATENCIÓN A LA SALUD QUE RECIBE EN EL CENTRO MEDICO DEL PENAL?*

	Frecuencia	Porcentaje
Excelente	0	0
Bueno	0	0
Mala	1	4,5
Pésimo	18	81,8
Regular	3	13,6
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. *¿Cuál ES LA CALIDAD DE ATENCIÓN A LA SALUD QUE RECIBE EN EL CENTRO MEDICO DEL PENAL?*



Análisis: Según el gráfico se observa que, el 82% de encuestados indican haber recibido una pésima atención en salud; el 14% refiere ser regular; y el 4% refiere que es mala.

Interpretación: Los resultados indican deficiencias extremas en la atención a la salud de los internos dentro del penal de Varones de Chiclayo, lo cual evidencia que el Estado a través del INPE no viene cumpliendo con ejecutar el tratamiento

penitenciario, en este caso la adecuada atención a la salud, como medio para lograr la resocialización del interno.

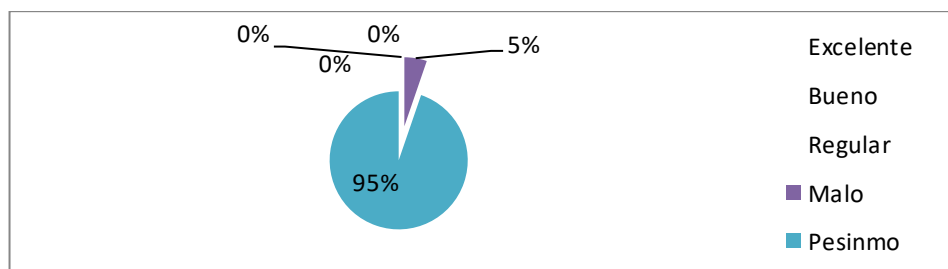
4.- INDICADOR – TRATAMIENTO EN REHABILITACIÓN.

Tabla. *¿Cuál ES LA CALIDAD DEL TRATAMIENTO EN REHABILITACIÓN QUE RECIBE EN EL PENAL?*

	Frecuencia	Porcentaje
Excelente	0	0
Bueno	0	0
Mala	1	4,5
Pésimo	21	95,5
Regular	0	0
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. *¿Cuál ES LA CALIDAD DEL TRATAMIENTO EN REHABILITACIÓN QUE RECIBE EN EL PENAL?*



Análisis: Según el gráfico se advierte que, el 95% de encuestados indica que el tratamiento rehabilitador recibido es pésimo; y el 5% indica que es malo.

Interpretación: Los resultados también evidencian en general que los internos dentro del penal no reciben tratamiento penitenciario adecuado para lograr su resocialización.

5.- INDICADOR – ACTIVIDADES LABORALES.

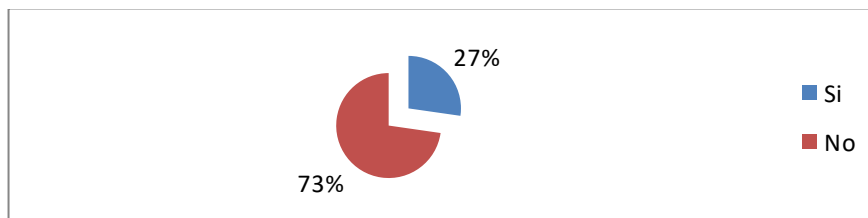
Tabla. *¿HA DESARROLLADO ACTIVIDADES LABORALES EN EL PENAL?*

	Frecuencia	Porcentaje
Si	6	27
No	16	73
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Nota: Los internos que afirman haber laborado, casi todos refieren que dichas labores lo han realizado esporádicamente y por lo general en manualidades que lo desarrollan en su celda o alero y a iniciativa propia.

Gráfico. *¿HA DESARROLLADO ALGUNA ACTIVIDAD LABORAL EN EL PENAL?*



Análisis: Según el gráfico el 27% de encuestados indica haber laborado esporádicamente y el 73% indica no haber desarrollado actividad laboral alguna.

Interpretación: Los resultados evidencian que la mayor parte de internos refieren no haber laborado, incumpléndose el principal tipo de tratamiento para lograr resocializar al interno; y si bien algunos refieren haber trabajado, precisan que fue de manera esporádica, sin utilizar la infraestructura del INPE debido a que son manualidades desarrolladas en su celda y también a iniciativa propia. Lo cual implica ausencia en la ejecución del trabajo como parte del tratamiento

penitenciario que le corresponde ejecutar al INPE en ambientes con infraestructura y materiales adecuados.

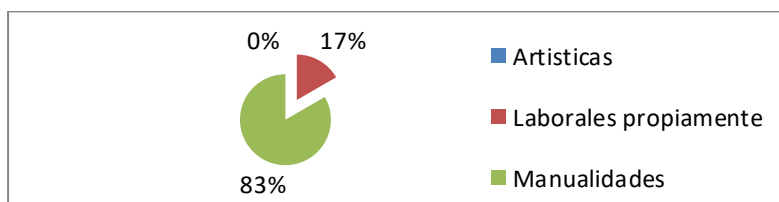
6.- INDICADOR – TIPO DE ACTIVIDADES LABORALES.

Tabla. *¿QUE TIPO DE ACTIVIDADES LABORALES HA DESARROLLADO EN EL PENAL?*

	Frecuencia	Porcentaje
ARTISTICAS	0	0
LABORALES PROPIAMENTE	1	17
MANUALIDADES	5	83
Total	6	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. *¿QUE TIPO DE ACTIVIDADES LABORALES HA DESARROLLADO EN EL PENAL?*



Análisis: De los seis internos que según el indicador anterior refirió haber laborado, el 83% fue en manualidades y el 17% (un interno) en actividades laborales propiamente dichas (tiene un economato).

Interpretación: Los resultados evidencian que de todos los internos que refirieron haber laborado, el mayor porcentaje lo ha hecho en manualidades, las cuales no cumplen con las características del trabajo como medio de resocialización el cual exige el cumplimiento de un horario, la recepción de una remuneración y el apoyo

del INPE e incluso de la empresa privada; y sólo un interno refirió tener un economato (bodega) dentro del penal.

7.- INDICADOR – VICTIMA DE ACTOS DE CORRUPCIÓN DEL INPE.

Tabla. *¿UD ALGUNA VEZ HA SIDO VICTIMA DE SOLICITUDES DE DINERO O ALGUN OTRO ACTO DE CORRUPCION POR PARTE DEL PERSONAL DEL INPE?*

El 100% de los encuestados afirmaron ser víctimas de cobros ilícitos por parte de personal del INPE para diversos fines como, algunos para ser registrados en planillas de trabajo cuando solicitaron sus beneficios penitenciarios, para pasar de un pabellón al otro durante las horas de patio, para permitirle visitas de personas diferentes a su familia, otros cuando fueron encontrados en posesión de objetos prohibidos.

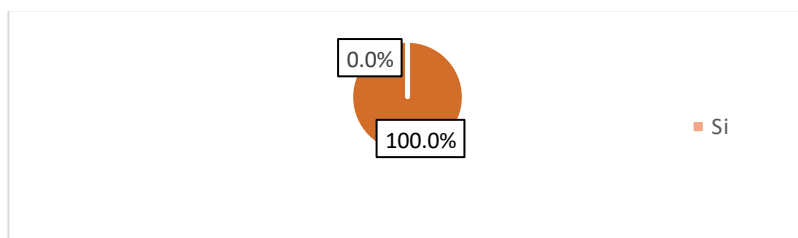
8.- INDICADOR – EDUCACIÓN.

Tabla. *¿HA CURSADO ESTUDIOS DENTRO DEL PENAL?*

	Frecuencia	Porcentaje
Si	0	0
No	22	100
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. *¿HA CURSADO ESTUDIOS DENTRO DEL PENAL?*



Análisis: Según el gráfico se observa que, ninguno de los encuestados sostiene haber cursado estudios dentro del penal.

Interpretación: Los resultados evidencian que la educación no se viene aplicando como medio de tratamiento penitenciario para resocializar a los internos.

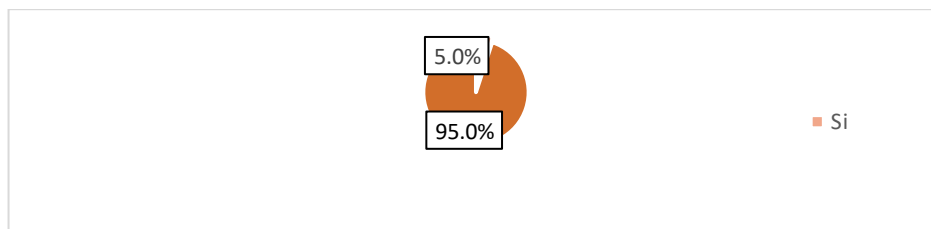
9.- INDICADOR – LA RELIGION COMO TRATAMIENTO.

Tabla. *¿PRACTICO ALGUNA RELIGION COMO MEDIO DE TRATAMIENTO RESOCIALIZADOR?*

	Frecuencia	Porcentaje
Si	1	5
No	21	95
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. *¿PRACTICÓ ACTIVAMENTE ALGUNA RELIGION COMO MEDIO DE TRATAMIENTO RESOCIALIZADOR?*



Análisis: Según el gráfico se observa que, el 95% no practica activamente alguna religión como medio resocializador y sólo el 5% (un interno) refirió estar en la palabra de dios (adventista).

Interpretación: Los resultados evidencian que el culto religioso tampoco se aplica a los internos encuestados como medio para lograr su resocialización.

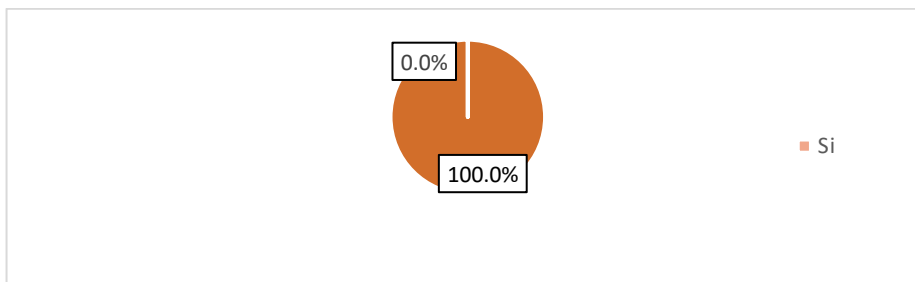
10.- INDICADOR – ASESORIA LEGAL.

Tabla. ¿ALGUNA VEZ HA RECIBIDO ASESORIA LEGAL DE PARTE DE LOS ABOGADOS DEL INPE?

	Frecuencia	Porcentaje
Si	0	0
No	22	100,0
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. ¿ALGUNA VEZ HA RECIBIDO ASESORIA LEGAL DE PARTE DE LOS ABOGADOS DEL INPE?



Análisis: Según el gráfico ningún interno encuestado refiere haber sido asesorado por un abogado del INPE.

Interpretación: Los resultados evidencian la inaplicación por el INPE de la asesoría legal como medio de tratamiento penitenciario conforme lo indica el Código de Ejecución Penal y su reglamento.

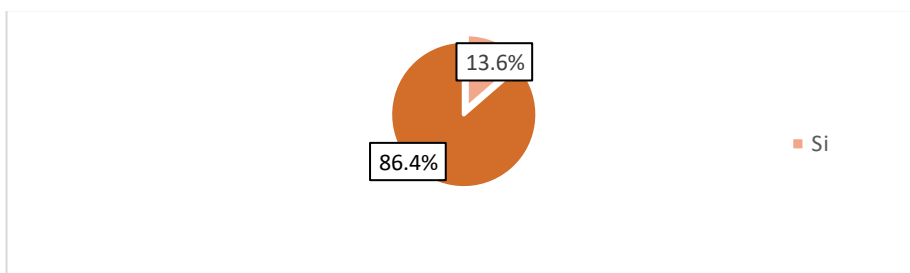
11.- INDICADOR – ASISTENCIA SOCIAL.

Tabla. ¿ALGUNA VEZ RECIBIO ASISTENCIA SOCIAL COMO TRATAMIENTO PENITENCIARIO?

	Frecuencia	Porcentaje
Si	3	13,6
No	19	86,4
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Gráfico. *¿ALGUNA VEZ RECIBIO ASISTENCIA SOCIAL COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO?*



Análisis: Según el gráfico el 86.4% de los encuestados refiere no haber recibido asistencia social y sólo el 13.6% indica lo contrario.

Interpretación: Los resultados evidencian que el INPE tampoco viene brindando asistencia social a los internos como medio resocializador, medio a través del cual se busca mantener la conexión entre el interno y su familia y preparar las condiciones para su egreso y reincorporación del sentenciado a la sociedad.

12.- INDICADOR – ASISTENCIA PSICOLOGICA.

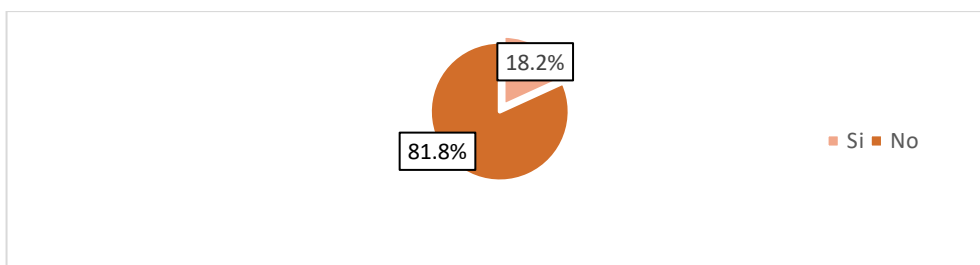
Tabla. *¿ALGUNA VEZ RECIBIO ASISTENCIA PSICOLOGICA COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO?*

	Frecuencia	Porcentaje
Si	4	18,2
No	18	81,8
Total	22	100,0

FUENTE: Encuesta realizada en el penal de varones de Chiclayo.

Nota: Los que afirman haber recibido dicha asistencia, indican que sólo recibieron algunas charlas grupales.

Gráfico. *¿ALGUNA VEZ RECIBIO ASISTENCIA PSICOLOGICA COMO MEDIO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO?*



Análisis: Según el gráfico el 81.8% de los encuestados refirió haber recibido asistencia social; y sólo 18.2 indica lo contrario.

Interpretación: Los resultados evidencian que la mayor parte de los internos encuestados no reciben asistencia psicológica, el cual constituye un medio fundamental para evaluar la progresividad o regresión del tratamiento penitenciario con miras a la resocializar a un recluso.

3.3. SOBRE LOS EFECTOS DE LA INCORPORACION DE LA REINCIDENCIA EN RELACION A LOS INDICES DE REITERACION DELICTIVA.

La reincidencia en relación a los índices de criminalidad, está orientado a determinar si con la agravante de la pena por reincidencia contribuye a reducir los índices reiteración delictiva.

Con el propósito de determinar dicho objetivo es que se solicitó a la Corte Superior de Justicia de Lambayeque (CSJL) información de los dos Juzgados Penales Colegiados de Chiclayo respecto al año 2014 y 2015 sobre el número de

procesos que concluyeron con sentencia condenatoria, tipo de delito, forma de conclusión del proceso (juicio oral, conclusión anticipada), y otros ítems; ante lo cual dicha entidad proporcionó información únicamente de la carga procesal y número de sentencias emitidas por cada Juzgado del periodo 2014-2015 conforme a la siguiente tabla (en tanto respecto a los demás ítems informó no ser posible debido a que su sistema informático no puede emitir reportes por el motivo de la sentencia):

**NÚMERO DE SENTENCIAS EMITIDAS POR LOS DOS JUZGADOS PENALES
COLEGIADOS DE CHICLAYO: PERIODO 2014 – 2015.**

Descripción	1° Juzgado Colegiado		2° Juzgado Colegiado		Total
	2014	2015	2014	2015	
N° Sentencias	146	189	192	220	747

FUENTE: Corte Superior de Justicia de Lambayeque (solicitado vía acceso a la información pública).

Entonces la población está constituida por los expedientes en los cuales los dos Juzgados Penales Colegiados de Chiclayo emitieron 747 sentencias durante los años 2014 y 2015. En base a ello se procedió a revisar en los archivos del NCPP de la CSJL (Av. José Leonardo Ortiz N° 155 – Chiclayo) toda la población de expedientes antes referida, pero durante la ejecución de dicha revisión se advirtió como primer obstáculo el desorden en que se encontraban dichos expedientes, lográndose encontrar del año 2014 sólo 237 expedientes con sentencia emitidas por ambos Juzgados y del año 2015 sólo 248 expedientes con sentencias emitidas por ambos juzgados, de los cuales se han obtenido como muestra 19 expedientes con sentencias por reincidencia conforme a la siguiente tabla:

**NÚMERO DE SENTENCIAS ANALIZADAS E IDENTIFICADAS COMO
REINCIDENCIA.**

JUZGADO	AÑO 2014		AÑO 2015	
	Sentencias analizadas	Reincidentes	Sentencias analizadas	Reincidentes
1° Juzgado Penal Colegiado Permanente	109	6	149	7
2° Juzgado penal Colegiado Permanente	128	3	99	3
Total	237	9	248	10

Análisis: Según la tabla anterior se aprecia que:

- Respecto al año 2014 de toda la población de sentencias emitidas por ambos Juzgados Penales Colegiados que según lo informado por la CSJL es de 338 sentencias, sólo fueron encontradas 237 sentencias, entre las cuales se identificaron como muestra 9 sentencias por reincidencia.
- Respecto al año 2015 de toda la población de sentencias emitidas por ambos Juzgados que según lo informado por la CSJL es un total de 409 sentencias, sólo fueron encontradas 248 sentencias, entre las cuales se identificaron como muestra 10 sentencias por reincidencia.

Interpretación: Los resultados expuestos en el análisis evidencian que:

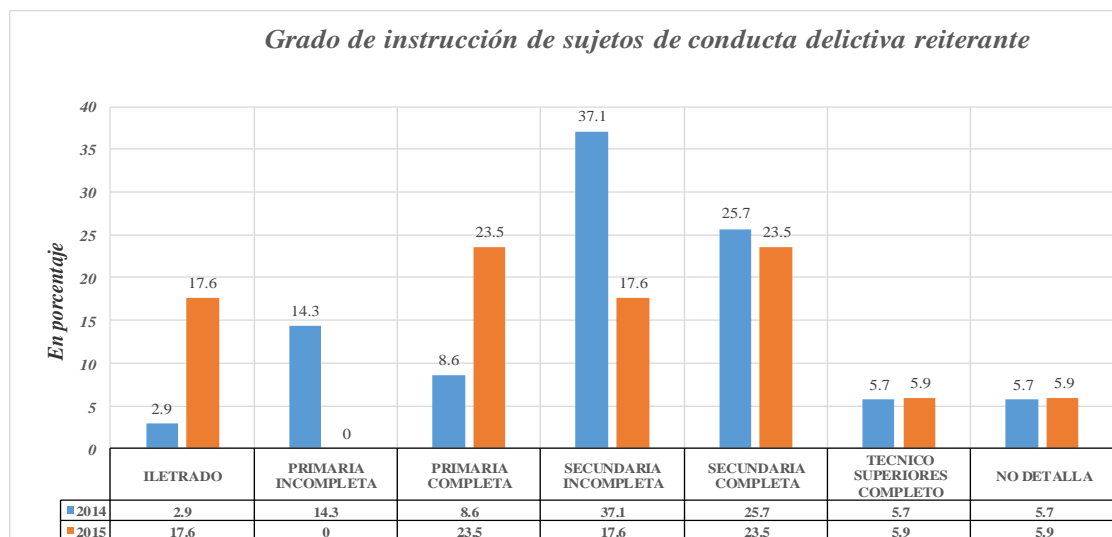
- En total, en el año 2014 se ha identificado 9 sentencias en las cuales el autor ha sido reincidente; y en el año 2015 se ha identificado 10 sentencias donde el imputado ha sido reincidente.
- Por lo que si bien es cierto por causas ajenas a la investigación no se han podido lograr ubicar la totalidad de las sentencias pronunciadas por los dos Juzgados Penales Colegiados de Chiclayo durante los años 2014 y 2015, los resultados analizados evidencian que los índices de reincidencia no se han reducido, por el contrario, existe un aumento progresivo de reincidentes.

- Dichos resultados coinciden con los datos estadísticos a nivel nacional del INPE contenidos en los informes estadísticos de enero de 2014, diciembre de 2014, febrero de 2015 y diciembre de 2016 analizados en el marco teórico, los cuales al compararse en orden cronológico, se aprecia un incremento progresivo del número de “internos reingresantes”, pues en enero de 2014 había 19,759 internos reingresantes al penal y en diciembre de 2015 había 20,879 internos reingresantes al penal; lo cual implica un aumento progresivo de la reincidencia en el delito.
- En conclusión, dichos resultados permiten afirmar que agravar la pena por reincidencia no ha contribuido a reducir los índices de reiteración delictiva previstos por el legislador.

3.3.1. ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LAS SENTENCIAS POR REINCIDENCIA EMITIDAS POR LOS DOS JUZGADOS PENALES COLEGIADO DE CHICLAYO: 2014-2015.

Luego de revisar y analizar las 19 sentencias emitidas por los dos Juzgados Penales Colegiados de Chiclayo correspondiente a los años 2014 y 2015 se ha obtenido la información que se plasma en los gráficos que se muestran a continuación, en cada una de las cuales se realiza en análisis e interpretación de los resultados por cada indicador:

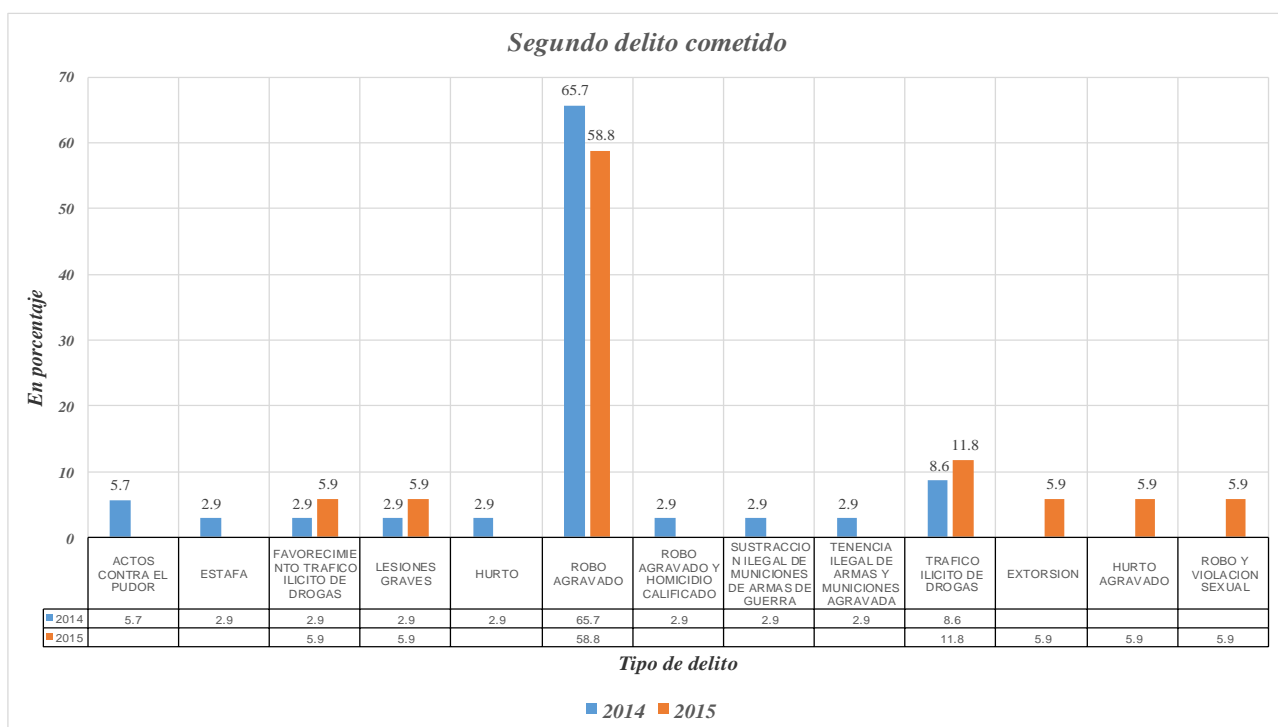
1.- INDICADOR – GRADO DE INSTRUCCIÓN DE LOS REINCIDENTES.



Análisis: En el grafico se consigna el grado de educación de cada sentenciado por reincidencia; así de las sentencias del año 2014 aparece que el 2.9% de reincidentes es iletrado; el 14.3% ha tenido primaria incompleta; el 8.6% ha tenido primaria completa; el 37.1% ha tenido secundaria incompleta; el 25.7% ha tenido secundaria completa; el 5.7% superior técnico y el 5.7% de las sentencias no detalla dicho indicador. En cuanto a las sentencias del año 2015, el 17.6% de reincidentes es iletrado; el 23.5% ha tenido primaria completa; el 17.6% ha tenido secundaria incompleta; el 23.5% ha tenido secundaria completa; el 5.9% ha tenido superior técnico y un 5.9% de sentencias no se detalla dicho indicador.

Interpretación: Los resultados de las sentencias analizadas permiten verificar que casi todos los reincidentes tienen un nivel educativo entre primaria y secundaria; además se aprecia que de las sentencias del año 2014 el mayor porcentaje tiene secundaria incompleta, lo cual evidencia deserción escolar. Dichos resultados coinciden con los obtenidos en la encuesta realizada a 22 internos reincidentes del Penal de Varones de Chiclayo anteriormente analizadas. En consecuencia, podemos establecer una relación entre nivel de educación y agentes reincidentes, identificándose como una característica común de los agentes reincidentes su escaso nivel educativo.

2.- INDICADOR – CLASE DEL SEGUNDO DELITO QUE CONFIGURA REINCIDENCIA.

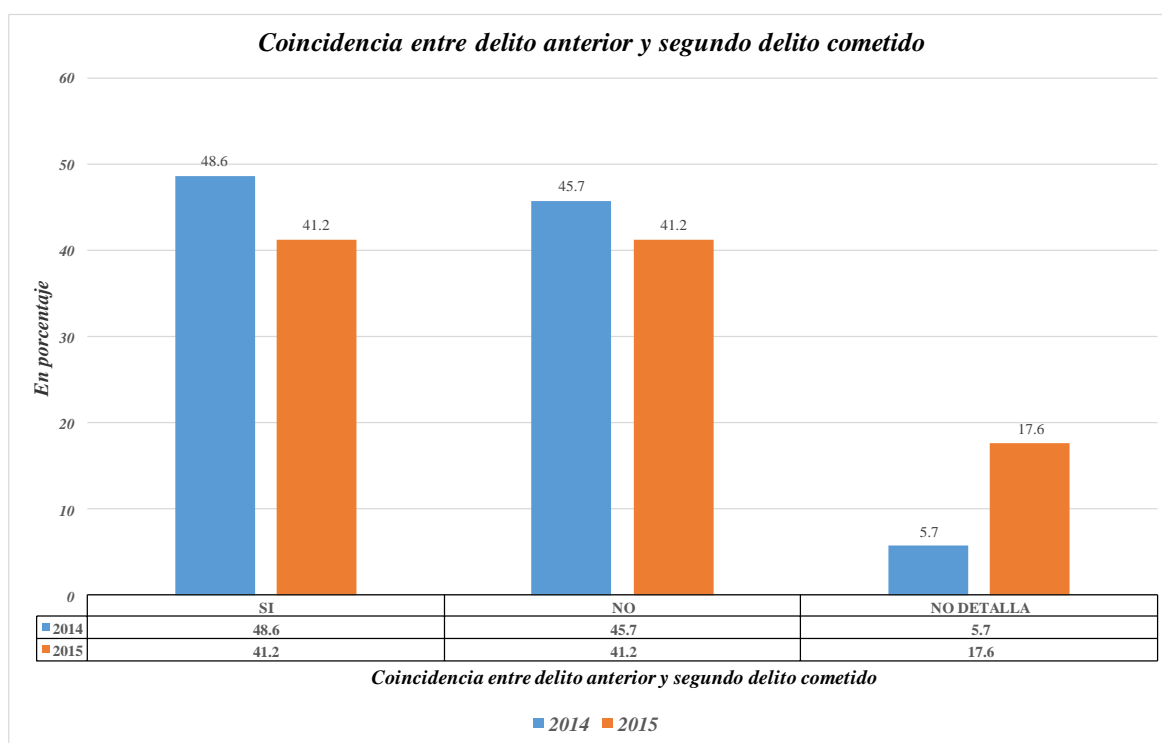


Análisis: Según el gráfico, de las sentencias analizadas del año 2014, el 65.7% de reincidentes fueron en el tipo penal de Robo Agravado; lo sigue en segundo lugar con un 8.6% de reincidentes por el tipo penal de Tráfico Ilícito de Drogas; en tercer lugar, un 5.7% fueron por el tipo penal de Actos Contra el pudor; y así sucesivamente un porcentaje inferior por otros delitos. En tanto de las sentencias analizadas del año 2015 se aprecia que el 58.8% de reincidentes fueron por el tipo penal de Robo Agravado; lo sigue en segundo lugar con un 11.8% de reincidentes por el delito tipo penal de Tráfico Ilícito de Drogas; en tercer lugar, con 5.9% se encuentra varios delitos como Violación Sexual en concurso con Robo Agravado, Extorsión, Hurto Agravado, Favorecimiento al TID; luego sigue con 5.7 % el tipo penal de Actos Contra el Pudor; y así sucesivamente otros delitos en mínimo porcentaje.

Interpretación: Los resultados de las sentencias analizadas del 2014 y 2015 evidencian que, la mayor tasa porcentual de reincidencia ocurrió en el tipo penal de Robo Agravado, lo sigue en segundo lugar el tipo penal de Tráfico Ilícito de Drogas, luego con similares porcentajes los delitos de Violación Sexual, Hurto Agravado, Extorsión, Actos Contra el Pudor, etc. Estos resultados coinciden con la información obtenida en la encuesta realizada a 22 internos reincidentes del Penal

de Varones de Chiclayo anteriormente analizados, en las cuales también aparece la mayor tasa porcentual de reincidencia en el tipo penal de Robo Agravado, secundado por el tipo penal de Tráfico Ilícito de Drogas. De igual modo coinciden con los datos estadísticos emitidos por el INPE en los informes de enero de 2014, diciembre de 2014, febrero de 2015 y diciembre de 2016 analizados en el marco teórico; según los cuales, la mayor tasa porcentual internos reingresantes fue por el tipo penal de Robo Agravado, secundado por el tipo penal de Tráfico Ilícito de Drogas. Lo cual evidencia la necesidad de adoptar decisiones de política criminal enfocadas a evitar la reiteración delictiva en dichos delitos específicos.

3.- INDICADOR – COINCIDENCIA ENTRE EL DELITO ANTERIOR Y EL SEGUNDO DELITO COMETIDO.

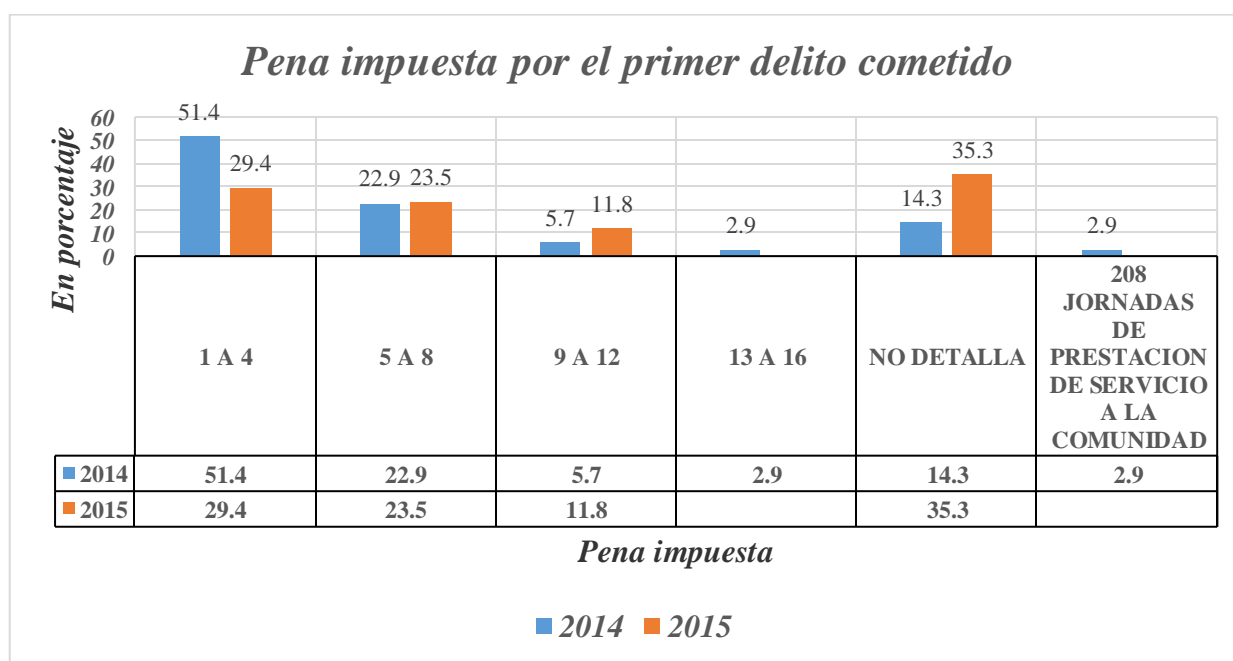


Análisis: Según el gráfico se observa que, de las sentencias analizadas del año 2014, existe un 48.6% de sentencias donde el delito anterior fue el mismo que el nuevo delito cometido (reincidencia específica); en el 45.7% el delito anterior no coincide o no es el mismo que el nuevo delito cometido (reincidencia genérica); y existe un 5.7% de sentencias en las cuales no se detalla la clase del delito anterior.

En tanto de las sentencias analizadas del año 2015 se aprecia que existe un 41.2% de sentencias donde el delito anterior fue el mismo que el nuevo delito cometido (reincidencia específica); en el 41.2% el delito anterior no coincide o no es el mismo que el nuevo delito cometido (reincidencia genérica); y existe un 17.6% de sentencias en las cuales no se detalla la clase del delito anterior

Interpretación: Los resultados antes descritos que corresponden a las sentencias analizadas del 2014 y 2015, muestran porcentajes casi iguales entre agentes que reinciden en el mismo delito que el delito previo y agentes que reinciden en un delito diferente al anterior.

4.- INDICADOR – PENA IMPUESTA POR EL PRIMER DELITO COMETIDO.

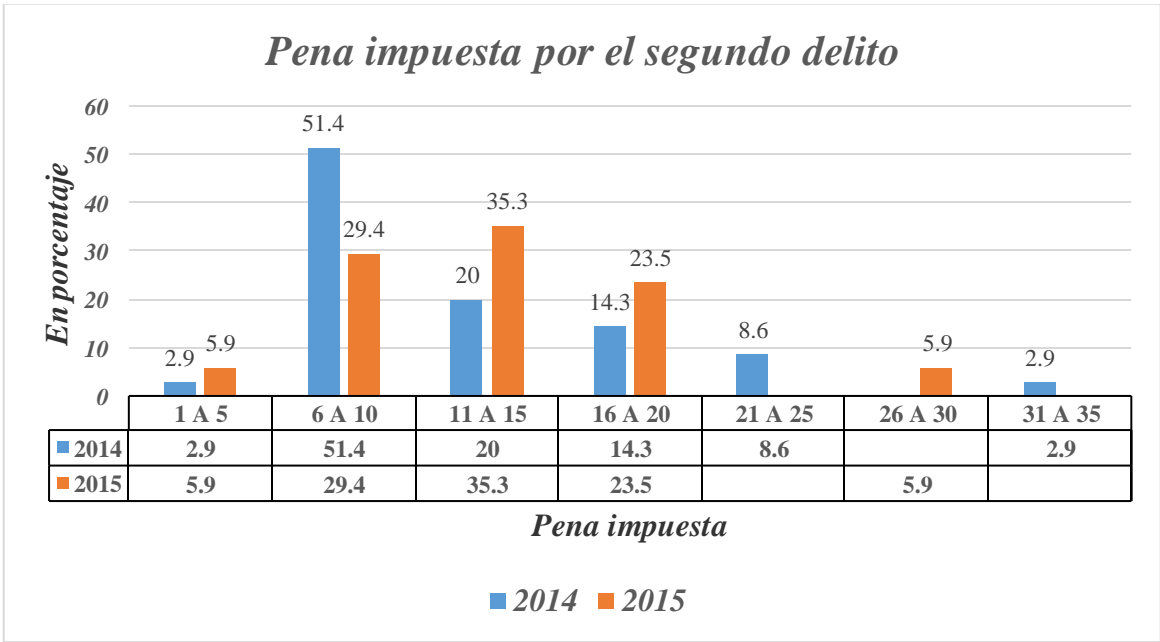


Análisis: El grafico contiene información sobre la duración de la pena aplicada al reincidente por el primer delito cometido. Así de las sentencias analizadas del año 2014, el 51.4% recibió una pena entre 1 a 4 años; el 22.9% recibió una pena entre 5 a 8 años; el 5.7% recibió una pena entre 9 a 12 años, el 2.9% recibió una pena entre 13 a 16; y un 14.3% de sentencias no consigna la cantidad de pena impuesta por delito anterior. En cuanto a las sentencias del 2015; el 29.4% recibió una pena

entre 1 a 4 años; el 23.5% recibió una pena entre 5 a 8 años; el 11.8% recibió una pena entre 9 a 12 años y el 35.3% de sentencias no consigna la cantidad de pena impuesta por el delito anterior.

Interpretación: Los resultados antes descritos evidencian que, el mayor porcentaje de penas impuestas por el delito previo al delito reincidente fueron de corta duración, esto es entre 1 a 4 años de privación de la libertad. Estos resultados serán interpretados con los resultados del indicador que se describe a continuación.

5.- INDICADOR – PENA IMPUESTA POR EL SEGUNDO DELITO COMETIDO.



Análisis: El grafico contiene información sobre la severidad de la pena aplicada al reincidente por el nuevo delito perpetrado; así de las sentencias analizadas del año 2014, el 2.9% recibió una pena entre 1 a 5 años; el 51.4% recibió una pena entre 6 a 10 años; el 20% recibió una pena entre 11 a 15 años; el 14.3% recibió una pena entre 16 a 20 años; el 8.6% recibió una pena entre 21 a 25 años y el 2.9% recibió una pena entre 31 a 35 años. En cuanto a las sentencias del 2015; el 5.9% recibió una pena entre 1 a 5 años; el 29.4% recibió una sanción entre 6 a 10 años;

el 35.3% recibió una pena entre 11 a 15 años; el 23.5% recibió una pena entre 16 a 20 años; y el 5.9% recibió una pena entre 26 a 30 años de privación de la libertad.

Interpretación: Los resultados antes descritos evidencian los efectos gravosos de la reincidencia, donde el mayor porcentaje de penas impuestas por el delito reincidentes fueron entre 6 a 10 años, 11 a 15 años y 16 a 20 años de privación de la libertad efectiva.

CONCLUSIONES.

1. Del análisis e interpretación de las sentencias emitidas por los dos Juzgados Penales Colegiados de Chiclayo en los años 2014-2015, en las cuales se ha declarado aplicable la agravante penal de la reincidencia, evidencian que los índices de reiteración delictiva no han disminuido, por el contrario si lo apreciamos cronológicamente el año 2014 en comparación al año 2015, existe un incremento de agentes reincidentes; los mismo se evidencia en los informes estadísticos mensuales emitidos por el INPE correspondiente a los meses de enero de 2014, diciembre de 2014, febrero de 2015 y diciembre de 2015, los cuales al ser comparados en orden cronológico, se aprecia un incremento progresivo del número de “internos reingresantes” a los penales del país, pues en enero de 2014 había 19,759 internos reingresantes y en diciembre de 2015 había 20,879 internos reingresantes. Entonces, la incorporación de la reincidencia como agravante cualificada de la pena, no ha logrado cumplir la finalidad preventiva general y especial de la pena, a efecto de reducir los índices de reiteración delictiva.
2. La reincidencia implica concretar un nuevo ilícito penal tras haber sufrido la pena suministrada por un delito previo, cuyos efectos se traducen agravando la pena del nuevo injusto penal cometido. La pena cumple funciones de prevención general y especial. Desde la perspectiva de la teoría de la prevención general, originariamente de acuerdo a los artículo I y IX del T.P de la norma penal sustantiva, nuestro legislador asigno a la pena una misión preventiva general positiva, inspirando preventivamente a la población, por medio del derecho y no a través del miedo, cooperando así al aprendizaje social; pero posteriormente a través de la incorporación de instituciones agravantes como la reincidencia (modelo de política criminal de seguridad ciudadana o populismo punitivo), nuestro legislador le asigna a la pena un función preventiva general negativa o intimidatoria, concibiendo que la amenaza con una pena más grave para quienes ya han experimentado una pena de privación de la libertad, les intimidaría y evitarían reincidir en el delito. Los resultados de la presente investigación dan cuenta que, las personas sentenciadas como reincidentes, luego de haber cumplido la pena por el delito previo conocían los efectos agravante de la pena para quien reincidiera

en el delito, pese a ello volvieron a recaer en el mismo, lo cual evidencia y así lo han manifestado que, la amenaza con una pena más grave no les genera intimidación para evitar reincidir en el delito; es decir no cumple el fin preventivo general negativa pretendida por el legislador.

En cuanto a la misión preventiva especial de la pena, nuestro legislador incorporó la reincidencia como agravante penal, asumiendo que una persona reincide en el delito debido a que la sanción privativa de la libertad cumplida anteriormente ha resultado ser insuficiente para lograr resocializarlo, por lo que habría que aumentarle la pena para lograr dicho fin; es decir concibe a la reincidencia como aquella institución que obedece a la exigencia de una superior represión penal por motivos de prevención especial. Los medios para conseguir rehabilitar, reeducar y reincorporar a un recluso a la comunidad (resocialización), se logra mediante la ejecución de los diversos tipos de tratamiento penitenciario reglados en nuestro Código de Ejecución Penal y su Reglamento. Los resultados de la presente investigación dan cuenta que nuestro país tiene un marco normativo ideal sobre tratamiento penitenciario; sin embargo la realidad dentro del Establecimiento Penal de Varones de Chiclayo está muy lejos de obedecer dicho marco normativo, debido a que, durante la concretización de la sanción privativa de la libertad, el INPE no cumple con ejecutar los diversos tipos de tratamiento penitenciario reglamentados (trabajo, asistencia psicológica, educación, asistencia social, asistencia en salud, asistencia legal a los internos, etc.), a fin de lograr la resocialización del interno (finalidad preventiva especial de la pena). Existen diversos factores que impiden ejecutar los diversos tipos de tratamiento penitenciario, tales como; el hacinamiento en que se encuentra el Penal de Chiclayo, el cual pese a tener una capacidad para albergar sólo a 1143 internos, en diciembre de 2014 albergaba a 3019 internos (164% de sobrepoblación) y en diciembre de 2015 albergaba a 3286 internos (187% de sobrepoblación); las condiciones infrahumanas de higiene y salubridad de los ambientes en los cuales viven los internos dentro dicho penal; deficiencias en infraestructura para que los internos puedan trabajar, estudiar o recibir asistencia psicológica; falta de medios logísticos; falta de recursos humanos para ejecutar el tratamiento penitenciario (psicólogos, asistentes sociales, abogados, antropólogos, médicos, etc.); falta de preparación técnica y científica

del poco personal existente para llevar adelante los diferentes tipos de tratamiento penitenciario; corrupción del poco personal asignado al tratamiento penitenciario; deficiencias en la atención a la salud de los internos por falta de equipamiento médico o medicinas, entre otros. Entonces, la falta de ejecución real de los diversos tipos de tratamiento penitenciario es lo que en realidad ha llevado a fracasar la resocialización del interno, fracaso que no debería traducirse agravando la situación de la persona que reincide en el delito, quien no ha sido resocializado por causa imputable al propio Estado. El legislador no sólo tiene la obligación de dotar los mecanismos para la protección de la seguridad ciudadana, sino también dotar los mecanismos para que los condenados durante el cumplimiento de su pena cristalicen los fines preventivos de la pena reconocidos constitucionalmente.

3. La reincidencia entendida como agravante cualificada de la pena contraviene los principios fundamentales de ne bis in ídem, de culpabilidad por el hecho y de proporcionalidad de las penas. Contraviene el principio de ne bis in ídem, no desde una perspectiva de identidad de hechos entre el delito anterior y del nuevo delito, sino a partir del punto de vista de la doble valoración que se hace al primer hecho delictivo, al servir de sustento para crear un nuevo marco de pena básica para el segundo delito por encima del máximo legal que le corresponde a ese nuevo delito. Contraviene el principio de culpabilidad por el hecho, porque la reincidencia habilita atribuir una mayor punición o agravamiento de la pena en el segundo delito, por el modo de vida delictiva del autor, lo cual es la consagración de un derecho penal de autor fundado en la peligrosidad del agente, situación inconciliable en un Estado Social y Democrático de Derecho, el cual se sustenta en un derecho penal de acto; pues la culpabilidad sustentada en la peligrosidad del sujeto contraviene garantías como el debido proceso y el principio de legalidad reconocidos en los artículos 8 y 9 respectivamente de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo (fundamentos 94 a 98) emitido en el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala del 20 de junio de 2005. Contraviene el principio de proporcionalidad de las penas, debido a que dicho principio exige que la pena debe estar en función a la gravedad del injusto y a la importancia del bien jurídico vulnerado; empero, el incremento de la

pena por reincidencia no guarda equilibrio con el nuevo injusto penal cometido, sino con hechos pasados por los cuales el agente ya fue sancionado.

4. Existen tres modelos de política criminal mediante las cuales un Estado interviene penalmente y responde a la delincuencia: (i) modelo resocializador, (ii) modelo garantista, y (iii) modelo de seguridad ciudadana. Formalmente nuestro país adoptó el modelo resocializador, el cual predica por un lado que deben ser los expertos quienes deben diseñar la política criminal de un Estado en base a estudios científicos, con oídos lejos de la opinión pública o lejos de la competición electoral; y por otro lado que el derecho penal además de ser garantista debe estar orientado a la resocialización le interno. Pero en la práctica, nuestro país desde hace ya un buen tiempo, ha adoptado el modelo de seguridad ciudadana o también llamado populismo punitivo, derecho penal del enemigo o securitización de la política criminal, como política criminal para reducir la criminalidad, lo cual se ha expresado a través de las diversas manifestaciones legislativas asociadas al aumento del poder punitivo estatal. La incorporación de la reincidencia como cualidad agravante de la pena, es una manifestación propia del modelo de seguridad ciudadana; manifestaciones que se evidencian en el proceso de incorporación de la reincidencia y su progresiva agravación de las penas; pues ella inicialmente fue proscrita de nuestra legislación, luego admitida para el delito de terrorismo, posteriormente introducida con agravante mediante la ley 28726 para todo tipo de delitos dolosos y finalmente se ha ido agravando de manera progresiva el quantum de la pena (primero fue 1/3 por sobre el máximo legal, luego 1/2 por encima del máximo legal y finalmente 2/3 por encima del máximo legal). Pero, los resultados y conclusiones de esta investigación, evidencian que, la incorporación de la reincidencia y sus progresivas agravaciones de la pena, no han logrado alcanzar el fin pretendido por el legislador, de reducir los índices de reiteración delictiva, lo cual confirma el fracaso del modelo de política criminal de seguridad ciudadana. Entonces, nuestro legislador debería abandonar instituciones agravatorias de la pena como la reincidencia y retomar como política criminal el modelo resocializador.

RECOMENDACIONES.

1. La incorporación de la reincidencia como agravante cualificada de la pena no ha logrado reducir los índices de reiteración delictiva, razón por la cual nuestro legislador debe abandonar la retórica punitivista que caracteriza al modelo de política criminal de seguridad ciudadana o populismo punitivo, y tomar conciencia que el derecho penal no soluciona el problema de la reiteración delictiva e inseguridad ciudadana. Es necesario que el Estado diseñe, establezca y ejecute un modelo integral de prevención del delito. Primero, a través de la ejecución de políticas preventivas a nivel social, educativo, laboral, económico y cultural, que precisamente son indicadores identificados en el marco metodológico como deficiencias comunes en los agentes reincidentes (bajo nivel educativo, influencia por amistades, problemas de violencia familiar, consumo de alcohol y drogas, problemas económicos ya que la mayor cantidad de reincidencia ocurre en los delitos de robo agravado, etc.), con especial atención en el rol educador que deben cumplir los medios de comunicación social, quienes deben dejar de propalar un sentimiento generalizado de inseguridad magnificando determinados sucesos delictivos mediáticos comunes a toda sociedad, que ha llevado a éste proceso de securitización de la política criminal. Segundo, respecto al modelo de política criminal, debe adoptarse el modelo de intervención penal resocializador o también llamado de correccionalismo tecnocrático del estado de bienestar; pues deben ser expertos quienes deben diseñar la política criminal de un Estado, con oídos lejos de la opinión pública o apartado de toda competencia electoral; y, el derecho penal además de ser garantista debe estar encaminado o enfocado a la resocialización de la persona.
2. Desde la perspectiva de la teoría de la prevención general, nuestro legislador debe asignar a la pena una función preventiva general positiva o integradora, cuyo mensaje de la pena debe estar dirigido a la colectividad para prevenir el delito no a través del miedo, sino mediante la afirmación del derecho o de los valores éticos – sociales; pero sobre todo aportando instrumentos alternativos que ataquen y neutralicen el origen y las causas del delito, los cuales se ubican en la carencia de efectivas políticas preventivas a nivel social, cultural, económico y educativo; mas

no como lo viene haciendo actualmente nuestro legislador, pretendiendo prevenir la reiteración delictiva mediante la amenaza de administración de una pena más gravosa a quien reincida en el delito, las cuales no atacan a los síntomas del fenómeno criminal. En cuanto a la relación entre la reincidencia y el fin preventivo especial de la pena, el Estado por mediación del Instituto Nacional Penitenciario, debe cumplir con ejecutar de manera real y efectiva los diversos tipos de tratamiento penitenciario regulados en el Código de Ejecución Penal y su reglamento, a fin de lograr resocializar a los internos del Penal de Varones de Chiclayo y del país, y así evitar realmente la reiteración delictiva; para lo cual el Estado debe superar todas las deficiencias en infraestructura, recursos humanos, presupuesto, salud, hacinamiento penitenciario y todos los factores identificados en la presente investigación que impiden la resocialización del interno. Una alternativa para tal fin puede ser la propuesta planteada por un estudio respaldado por la Universidad ESAN, donde se propone privatizar los establecimientos penales vía concesiones, teniendo como meta principal resocializar al interno vía la reducción del hacinamiento, mejorando el entorno carcelario y aplicando un adecuado tratamiento penitenciario.

3. Desde el punto de vista jurisdiccional, con la decisión del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 0014-2006-PI/TC-Lima que confirmó la constitucionalidad de la reincidencia quedaría proscrita toda posibilidad de inaplicación incluso vía control difuso, debido a que el segundo párrafo del artículo VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional prohíbe a los Jueces inaplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad. Pero, el Poder Judicial o el supremo interprete de la Constitución, no solo debe realizar un control de constitucionalidad; también tiene el mandato imperativo de efectuar un “*control de convencionalidad*”, para dirimir conflictos originados en actos, normas o conducta que contravienen al ius cogens, los tratados sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, la Convención Americana de Derechos Humanos o la jurisprudencia de la Corte IDH, tal como lo ha sostenido el propio TC en el fallo emitido en el proceso N° 04617-2012-PA/TC – Lima o la propia Corte IDH en la sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. En ese contexto, habiéndose concluido que la reincidencia

obedece a la exigencia de incrementar la sanción penal por motivos de prevención especial, debido al incremento de la *peligrosidad* del agente, ello implica incorporar a la peligrosidad en una norma penal como pauta para calificar típicamente un hecho y para imponer una sanción, lo cual de acuerdo al fallo emitido por la Corte IDH en el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala es antagónico al debido proceso y al principio de legalidad criminal reconocidos en los artículos 8 y 9 respectivamente de la Convención Americana de Derechos Humanos, por ende vía control de convencionalidad es factible y recomendable inaplicar la reincidencia por ser contraria a la Convención y a la Jurisprudencia de la Corte IDH. Dicha recomendación ya lo ha aplicado por ejemplo la Corte Suprema de Justicia de Tucumán de Argentina (Sentencia CSJ de Tucuman Causa "A.E.O. y V.S.H. S/ Robo Agravado. Exp. N° 24846/2007, 2012), al haber declarado la inconstitucionalidad de la reincidencia consagrada en el artículo 50 del catálogo penal argentino por vulneración de los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad reserva, derecho penal de acto y prohibición de persecución penal múltiple.

4. Las conclusiones esbozadas anteriormente sustentan la necesidad de seguir caminos como el que tomó Alemania, país que mediante la 23 ley de reforma del Código Penal Alemán (23StAG) del 13 de abril de 1986 derogó el párrafo 48 del StGB que regulaba la reincidencia. Propongo entonces de lege ferenda la supresión de la reincidencia como agravante cualificada de la pena. No se cuestiona el deber del Estado, específicamente del legislador a través de las leyes, de proteger a la población y a sus bienes jurídicos, pues conforme al artículo 44 de la Constitución es deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. Lo que se cuestiona es los medios, el modo o la forma con la cual se pretende alcanzar dicha finalidad; a través de la incorporación de instituciones inconstitucionales ya desechadas y además simbólicas, demagógicas e inútiles para dicho fin.

BIBLIOGRAFIA.

1. AGUDO FERNANDEZ, Enrique. Tesis doctoral: "Principio de culpabilidad y reincidencia en el derecho español". Editorial de la universidad de Granada. <https://hera.ugr.es/tesisugr/15463266.pdf>. Búsqueda del 15.02.18. 15.13 pm.
2. ALCÓCER POVIS, Eduardo: "El reincidente como «enemigo»: aproximación al tema". Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional - Anuario de Derecho Penal 2008. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_09.pdf. búsqueda del 14.03.17 10.14 a.m.
3. ALDANA DOMINGUEZ, Rogger y PANTA CUEVA, David Fernando: "El derecho penal y procesal penal en la Constitución, reflexiones sobre la reincidencia y la habitualidad en la doctrina del Tribunal Constitucional". Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
4. APAZA HUISA, Lali Maribel. "La reincidencia y habitualidad ¿política criminológica de lucha contra el crimen o expresión del derecho simbólico?". Lugar de publicación: Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú, 2016. <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/2385>, búsqueda del 11.01.18 17.23 p.m.
5. BENAVENTE CHORRES, Hesbert: "Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano, aspectos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales". Editorial Normas Legales, primera edición, Lima.
6. BORJA JIMENEZ, Emiliano (profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia). "Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin". ADPCP. VOL. LVI. 2003. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217111.pdf>. búsqueda del 03.03.18 10.00 p.m.

7. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal Parte General". Editorial Santa Rosa. Lima 2000.
8. BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. (Catedrático de derecho penal de la universidad de Chile). "Seguridad ciudadana y seguridad jurídica". Nuevo Foro Penal, ISSN 0120-8179, Nº. 70, julio-diciembre de 2006, páginas 159-167. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3823062>. búsqueda del 08.02.18 12.50 p.m.
9. CANCIO MELIÁ, Manuel. (Profesor de Derecho Penal Universidad Autónoma de Madrid). "De nuevo: ¿"derecho penal" del enemigo?". T. I (pliego 1). Madrid. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_26.pdf. búsqueda del 06.02.18 23.50 p.m.
10. CÁRCAMO, Enrique. MARCIA MENDOZA, Amparo Guarnizo. PAJARES, Carlos. VIGNOLO, Giancarlo. "Asociaciones público-privadas en el sistema penitenciario. Una alternativa de solución para la inseguridad en el Perú". Universidad ESAN, primera edición octubre 2015. Lima. https://www.esan.edu.pe/publicaciones/2015/12/07/libro_app_sistema_penitenciario_solucion_inseguridad.pdf. búsqueda del 13.02.18 17.50 p.m.
11. CARDINALE, María Eugenia. "Derecho penal del enemigo, excepción política y securitización: contracaras de la seguridad". RELASCO: Revista estudiantil latinoamericana de ciencias sociales. Marzo 2017. http://relasco.flacso.edu.mx/sites/default/files/docs/2017-01/derecho_penal_del_enemigo.pdf. Búsqueda 04.03.2018.10:56 am.
12. CASTAÑO TIERNO, Pablo. (Universidad Carlos III de Madrid). "¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo". Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV (2014). ISSN 1137-7550: 561-638. Agosto 2014. www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/2059/2225. Búsqueda 04.03.18 15:10 pm.

13. CEREZO MIR, José: "Obras completas, tomo I, derecho penal, parte general". Ara editores, Lima, 2006.
14. COITINHO DAS NEVES, Thereza Cristina. "La securitización de la política criminal postmoderna y lineamientos para un proceso de resistencia". Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, julio-diciembre de 2014. Brasil. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41837.pdf>. Búsqueda 03.03.2018. 04:56 pm.
15. CONDORI DÍAZ, Marisella Tania. Tesis: "La eficacia como tratamiento penitenciario del programa "CREO" como medio de resocialización de los internos en el establecimiento penitenciario de Socabaya de la Provincia de Arequipa 2012 -2015". Universidad Nacional de San Agustín Facultad de Derecho. Arequipa – Perú 2017. <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/4693>. búsqueda del 15.02.18 16.00 p.m.
16. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. IV pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial. Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 del 18/07/2008. Asunto: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/519c64004075b9ebb67ff699ab657107/Acuerdo+Plenario+1-2008.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=519c64004075b9ebb67ff699ab657107>. Búsqueda del del 15.03.17 22.12 p.m.
17. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE TUCUMAN. Sentencia emitida en San Miguel de Tucumán el 20 de Noviembre de 2012 en la Causa: "A.,E.O. y V.,S.H. S/ Robo Agravado". Expediente N° 24846/2007. <http://www.cij.gov.ar/nota-10365-La-Corte-Suprema-de-Tucum-n-declar-la-inconstitucionalidad-de-la-reincidencia-como-fundamento-para-agravar-la-pena.html>. Búsqueda 20.02.18. 15:20.

18. DE VICENTE MARTINEZ, Rosario (Profesor de derecho penal Universidad de Castilla – La Mancha). “La reincidencia en el Código Penal de 1995”. Universidad de Castilla - La Mancha. ADPCP. VOL. L. 199. Pág. 178. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46501.pdf>. Búsqueda del 13.02.18. 15.16 pm.
19. DÍEZ RIPOLLÉS José Luis. “La racionalidad de la penas, práctica y teoría”. Editorial Trotta. España 2013.
20. DO SOCORRO BARBOSA, María. Tesis doctoral: “Aspectos político-criminales de la seguridad ciudadana en España y Brasil. Reflexiones comparadas”. Universidad de Salamanca Facultad de Derecho Departamento de Derecho Público General. Salamanca 2008. https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/18605/1/DDPG_Aspectos%20politico-criminales%20seguridad%20ciudadana.pdf. búsqueda del 08.02.18 15.50 p.m.
21. DONNA, Edgardo A. “Reincidencia y culpabilidad. Comentario a la Ley 23.057 de reforma al Código Penal”. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984.
22. FERRI, Enrico. “Sociología Criminal”, Tomo Primero, Madrid. Centro Editorial de Góngora, Roma 1907.
23. HUAMAN CONDORI, Luz Marina. Tesis: “La resocialización del liberado en el penal en el cumplimiento de las normas de conducta del área medio libre de Laora- Inpe-Puno-2015”. Universidad Nacional del Altiplano Facultad de Trabajo Social Escuela Profesional de Trabajo Social. Puno – Perú 2016. http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/5113/Huaman_Condori_Luz_Marina.pdf?sequence=1. búsqueda del 19.02.18 23.13 p.m.
24. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO – INPE. “Plan Estratégico Institucional (PEI) periodo 2012-2016”, aprobado por Resolución Presidencial Instituto Nacional Penitenciario N° 373-2012-INPE/P del 26/07/2012. https://intranet.inpe.gob.pe/intranet/directivas/04_pdf/0131.pdf. búsqueda del

16.02.18 16.50 p.m.

25. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO. “Informes Estadísticos Penitenciarios”, de enero 2014, diciembre 2014, febrero 2015, diciembre 2015 y diciembre 2017. <https://www.inpe.gob.pe/estad%C3%ADstica1.html>. Búsqueda del 16.02.18 15.50 p.m.
26. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS: CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL. “Política nacional penitenciaria y plan nacional de la política penitenciaria 2016 – 2020”, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2016-JUS publicado en el diario oficial el peruano el 15 de julio de 2016. Primera edición setiembre de 2016. https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/Pol%C3%ADtica-Nacional-Penitenciaria_2016_2020.pdf. búsqueda del 16.02.18 10.00 p.m.
27. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS: CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL, OBSERVATORIO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL “JOSÉ HURTADO POZO” - DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA CRIMINAL Y PENITENCIARIA. “¿Qué tanto sabes del sistema penitenciario en el Perú?”. Boletín I-2016. Junio de 2016. https://indaga.minjus.gob.pe/sites/default/files/publicaciones01_CONTENIDO_0.pdf. búsqueda del 19.02.18 10.00 p.m.
28. MINISTERIO DE JUSTICIA. “Plan Nacional de Tratamiento Penitenciario”. 2003. Documento elaborado por una comisión especial creada por Resolución Ministerial No 343-2002-JUS de fecha 24 de setiembre de 2002 encargada de elaborar el Proyecto del Plan Nacional de Tratamiento Penitenciario. 2003. www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/planNacPenitenciario.pdf. búsqueda del 19.02.18 10.00 p.m.
29. MOREIRA TRILLO, Vanesa. “Grupo de Amigos, Género y Delincuencia Juvenil”. Universidad Santiago de Compostela Facultad de Psicología. Santiago de Compostela Setiembre de 2011. España.

<https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/3660/MoreiraTrillo.pdf?...1>.

Búsqueda 15.02.18 15:00 pm

30. OBANDO MORALES-BERMUDEZ, Natalia y RUIZ CHIPA, Claudia. "Determinantes socioeconomicas de la delincuencia: Una primera aproximación al problema a nivel provincial". CIES: Consorcio de Investigación Económica y Social. Julio 2007. <http://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/123456789/1322/determinante-s-socioeconomicos-de-la-delincuencia-una-primera-aproximacion-al-problema-a-nivel-provincial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Búsqueda 24.03.18 13:00 pm.
31. ORE SOSA, Eduardo A. "El endurecimiento del derecho penal a través de las leyes 28726 y 28730". Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica). Tomo 151, junio, 2006, p. 13-21. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_50.pdf. búsqueda del 26.02.18 20.12 p.m.
32. ORÉ SOSA, Eduardo: "Determinación judicial de la pena. reincidencia y habitualidad. a propósito de las modificaciones operadas por la ley 30076". http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131108_03.pdf, búsqueda del 13.03.17 21.41 p.m.
33. ORÉ SOSA, Eduardo: "El pasado criminal como factor de agravación de la pena. la reincidencia y habitualidad en la sentencia del tribunal constitucional exp. N° 00014-2006-PI/TC". http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_52.pdf búsqueda del 13.03.17 22.50
34. PANTA CUEVA, David Fernando. "La constitucionalidad de la reincidencia y habitualidad en la sentencia N° 0014-2006-PI-TC., emitida por el Tribunal Constitucional peruano. ¿decisión correcta?". https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080604_04.pdf, búsqueda del 15.03.17 16.41 p.m.

35. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. "Crimen Organizado y Sicariato, tratamiento penal de la delincuencia e inseguridad ciudadana". Ideas Solución Editorial SAC, Primera edición agosto 2016.
36. PEÑA LÉVANO, Juan César. Tesis "La Inversión en Infraestructura Penitenciaria y el Hacinamiento de la Población Penal en el Perú, Periodo 2000 – 2012". Universidad Nacional de Ingeniería Facultad de Ingeniería Económica, Estadística y Ciencias Sociales. http://cybertesis.uni.edu.pe/bitstream/uni/2612/1/pena_lj.pdf. búsqueda del 15.02.18 15.50 p.m.
37. PERALES NAVALÓN, Isabel. "Término crimipedia: Criminal Nato". CRIMINA: Centro para el estudio y prevención de la delincuencia, 2014. <http://crimina.es/crimipedia/wp-content/uploads/2015/05/Criminal-Nato.pdf>. búsqueda del 05.02.18 22.28 p.m.
38. POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Derecho penal, modernas bases dogmáticas". Editorial Grijley, Lima, 2004.
39. PRADO MANRIQUE, Bertha Verónica. Tesis: "El giro punitivo en la política criminal peruana: El caso de los delitos de hurto y robo". Pontificia Universidad Católica del Perú Facultad de Derecho. Lima 2016. file:///C:/Users/MPFN/Downloads/PRADO_MANRIQUE_BERTHA_GIRO_PUNITIVO.pdf. búsqueda del 09.02.18 15.50 p.m.
40. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: "Diccionario de la lengua española". Edición del tricentenario. <http://dle.rae.es/?id=VmYRE5t>, búsqueda del 15.03.17 21.30 p.m.
41. REATEGUI SANCHEZ, James: "Manual de derecho penal", volumen II. Editorial Pacifico Editores, primera edición, Lima, 2014.

42. REYES ECHANDÍA, Alfonso: "Criminología". Editorial TEMIS, octava edición, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999.
43. RIVERA QUESADA, Lilliana. "El fin de la política criminal en un Estado republicano de derecho". Costa Rica.
<http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-05/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-04/lecturas/2.pdf>. Búsqueda del 03.03.18. 15:18.
44. SANHUEZA VILCHES, Daniela. "Análisis jurisprudencial de la reincidencia impropia y quebrantamiento". Facultad de derecho – Universidad de Chile. Santiago de Chile 2015.
<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134691/An%C3%A1lisis-jurisprudencial-de-la-reincidencia-impropia-y-quebrantamiento.pdf?sequence=1>. Búsqueda del 13.03.17 12.32 p.m.
45. SCIMÉ, Salvador Francisco: "Criminología. causas y cosas del delito", editorial Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2000.
46. SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EMITIDA EN EL CASO TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO (AGUADO ALFARO Y OTROS) VS. PERÚ, del 24 de noviembre de 2006.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Búsqueda del 02.03.18 19.11 pm.
47. SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EMITIDA EN EL CASO FERMÍN RAMÍREZ VS. GUATEMALA, del 20 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas).
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf. Búsqueda del 02.03.18 20.05 pm.
48. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, emitida en el expediente N° 0014-2006-PI/TC del 19/01/2007. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2006-AI.pdf>. Búsqueda del 15.03.17 22.02 p.m.

49. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, emitida en el expediente N° 0019-2005-PI/TC del 21/07/2005. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf>. Búsqueda del 16.03.17 16.02 p.m.
50. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, emitida en el Expediente N° 01412-2007-PA/TC – Lima - Juan de Dios Lara Contreras del 11/02/2009. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01412-2007-AA.html>. Búsqueda del 02.03.18 15.20 pm.
51. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, emitida en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC – Loreto – Consorcio Requena del 18/03/2014. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.html>. Búsqueda del 02.03.18 16.00 pm.
52. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, emitida en el Expediente N° 04617-2012-PA/TC – Lima – Panamericana Televisión S.A del 12/03/2014. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-AA.html>. Búsqueda del 02.03.18 17.10 pm.
53. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, emitida en el expediente N° 3482-2005-PHC/TC - Lima - Luis Augusto Brain Delgado y otros del 27/06/2005. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03482-2005-HC.pdf>. Búsqueda 04.03.18. 16:13 pm.
54. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, emitida en el expediente N° 003-2005-PI/TC del 09 de agosto de 2006. http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/jurisprudencia/sentencia_003-2005-pi-tc_legislacion_antiterrorista.doc. Búsqueda 04.03.18. 19:11 pm.
55. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, emitida en el expediente N° 0895-2001-AA/TC – Lambayeque. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.pdf>. Búsqueda del 19.02.18 24.17 p.m.

56. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. "Política penal y política penitenciaria". Octavo cuaderno de trabajo del departamento académico de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Setiembre de 2008. http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/Politica_penal.pdf. búsqueda del 13.02.18 15.50 p.m.
57. TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Catedrático de derecho penal de la Universidad de Lleida – España). "Política criminal con bases empíricas en España". El trabajo es producto de la exposición que realizó el autor en el Primer Seminario de Política Criminal, organizado por el Centro de Estudios de Derecho penal de la Universidad de Talca. 2007. http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_8_3.pdf. Búsqueda del 03.03.18 13.52 p.m.
58. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal Parte General". Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., quinta reimpresión agosto del 2014.
59. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "La individualización de la pena en el borrador de la parte general del anteproyecto de Código Penal de 1990". En: Cuadernos de Política Criminal. M° 44, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991.
60. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "El principio de culpabilidad en las reformas penales. En: AA. VV. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo". Madrid, Thomson-Civitas, 2005.
61. GARÓFALO, Rafael. "La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión". Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia. Madrid. La España Moderna. Agustín Avrial – Imp. De la compañía de impresores y libreros San Bernardo
62. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Registro de expedientes. Departamento de investigación y documentación parlamentaria. Proyectos de ley que dieron lugar

a la ley 28726, mediante la cual se incorporó el artículo 46-B al código penal que regula la reincidencia.
https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/TraDoc_expdig_2001.nsf/ProyectosExpDigital/04757?opendocument. Búsqueda del 03.03.18 10:30 a.m.

ANEXOS.

ENCUESTA – CUESTIONARIO A INTERNOS REINCIDENTES DEL PENAL DE VARONES DE CHICLAYO - PICS!

1. DATOS GENERALES.

1.1. Edad

1.2. Sexo

M: ☐ F: ☐

2. SOBRE LA REINCIDENCIA EN RELACION A LA FUNCION PREVENTIVA GENERAL INTIMIDATORIA

2.1. ¿Usted ha ingerido alguna de las siguientes sustancias?:

Alcohol: ☐ Alcohol y drogas: ☐ Drogas: ☐ Ninguna: ☐

2.2. ¿A qué edad usted comenzó a ingerir las sustancias antes referidas?:

.....

2.3. ¿Ha sido usted víctima de violencia familiar?

Si: ☐ No: ☐

2.4. ¿A qué edad comenzó usted a delinquir?:

2.5. ¿Quién le influencio a delinquir?

Amigos: ☐ Familia: ☐ Por sí solo: ☐

2.6. ¿Qué grado de instrucción tiene usted?

Primaria completa: ☐ Primaria incompleta: ☐ Secundaria completa: ☐

Secundaria incompleta: ☐ Superior: ☐

2.7. ¿Antes de reincidir en el delito, usted sabía o tenía conocimiento que la pena se agrava para los reincidentes?

Si: ☐ No: ☐

2.8. ¿Al momento de cometer el nuevo delito, usted tuvo algún tipo de miedo o temor por la pena más grave que iba a recibir?

Si: ☐ No: ☐

2.9. ¿Cuál es el nuevo delito que usted ha cometido que ha originado la reincidencia?

3. SOBRE LA REINCIDENCIA EN RELACIÓN A LA FUNCIÓN PREVENTIVA ESPECIAL RESOCIALIZADORA.

3.1. ¿Cuál es la calidad de alimentos que recibe en el penal?

Excelente: ☐ Bueno: ☐ Mala: ☐ Pésimo: ☐ Regular: ☐

3.2. ¿Cuáles son las condiciones de calidad de los ambientes del penal donde habita?

Excelente: ☐ Bueno: ☐ Mala: ☐ Pésimo: ☐ Regular: ☐

3.3. ¿Cuál es la calidad de atención a la salud que recibe en el Centro Médico del Penal?

Excelente: ☐ Bueno: ☐ Mala: ☐ Pésimo: ☐ Regular: ☐

3.4. ¿Cuál es la calidad del tratamiento en rehabilitación que recibe en el Penal?

Excelente: ☐ Bueno: ☐ Mala: ☐ Pésimo: ☐ Regular: ☐

3.5. ¿Ha desarrollado actividades laborales en el Penal?

Si: ☐ No: ☐

3.6. ¿Qué tipo de actividades laborales ha desarrollado en el Penal?

Artísticas: ☐ Laborales propiamente: ☐ Manualidades: ☐

3.7. ¿Usted alguna vez ha sido víctima de solicitudes de dinero o algún otro acto de corrupción por parte del personal del INPE?

Si: ☐ Por qué motivo:

No: ☐

3.8. ¿Ha cursado estudios dentro del Penal?

Si: ☐ No: ☐

3.9. ¿Practicó activamente alguna religión como medio de tratamiento resocializador?

Si: ☐ No: ☐

3.10. ¿Alguna vez ha recibido asesoría legal de parte de los abogados del INPE?

Si: ☐ No: ☐

3.11. ¿Alguna vez recibió asistencia social como tratamiento penitenciario?

Si: ☐ No: ☐

3.12. ¿Alguna vez recibió asistencia psicológica como medio de tratamiento penitenciario?

Si: ☐ No: ☐