



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
“PEDRO RUIZ GALLO”  
ESCUELA DE POSTGRADO**



## **MAESTRÍA EN DERECHO**

---

### **“LA REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD EN EL PERÚ Y SU COMPATIBILIDAD CON LA DOCTRINA DE LA C.I.D.H. Y EL T.E.D.H”**

## **TESIS**

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

### **AUTOR:**

Abog. MANUEL ARMANDO SÁNCHEZ CHANDUVÍ

### **ASESOR:**

Dr. CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA

**LAMBAYEQUE – PERÚ**

**2018**

# La Reincidencia y Habitualidad en el Perú y su compatibilidad con la Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

---

**AUTOR:** Abog. Manuel Armando Sánchez Chanduví

---

**ASESOR:** Dr. Carlos Cevallos de Barrenechea

**Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: MAESTRO en Derecho con Mención en Ciencias penales.**

**APROBADO POR:**

---

**Presidente del Jurado:** Dr. Ezequiel Chávarry Correa

---

**Secretario del Jurado:** Dr. Freddy Hernández Rengifo

---

**Vocal del Jurado:** Dr. Ricardo Ponte Durango

Agosto, 2018

## DEDICATORIA

*A mis adorados padres Olga y Manuel, grandes amigos y maestros que con su amor, esfuerzo y sacrificio me han permitido cumplir mis anhelos y aspiraciones, haciendo de mí cada día un ser mejor.*

*A la memoria de mis Abuelos Don Víctor Chanduví Llerena y Doña Olga Cornejo Vda. De Chanduví quienes con infinito amor me cuidaron desde chico y siempre guiaron mis pasos para ser una mejor persona.*

*A mi novia Milagros Sánchez Montenegro, por ser un apoyo en mis días grises y mi paz en tiempos de guerra.*

## AGRADECIMIENTOS

*A mi Tío Dr. Víctor Chanduví Cornejo, intelectual de gran trayectoria quien me brinda fortaleza y confianza para mi crecimiento profesional.*

*A mi Hermana Olga Soledad Sánchez Chanduví por siempre aconsejarme y procurar lo mejor para mí.*

## TABLA DE CONTENIDOS

.....	2
DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTOS .....	4
TABLA DE CONTENIDOS .....	5
RESUMEN .....	7
ABSTRACT .....	8
INTRODUCCIÓN .....	9
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO .....	15
1.1. Ubicación .....	16
1.2. Cómo surge el problema. Es una descripción del objeto de estudio, teniendo en cuenta su evolución histórica y las tendencias que presenta .....	18
1.3. Cómo se manifiesta y qué características tiene. Se describe la realización empírica del objeto de estudio .....	19
1.4. Formulación del problema .....	20
1.5. Objetivos .....	20
1.6. Descripción detallada la metodología empleada de manera tal que el lector interesado pueda repetir el experimento o el proceso y llegar a los mismos resultados. ....	21
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	25
Apartado I: La Reincidencia y Habitualidad en el Perú .....	26
1.1 Concepto de Reincidencia .....	26
1.2 Concepto de Habitualidad .....	27
1.3 Requisitos de la Reincidencia y Habitualidad en el Perú .....	28
Apartado II: Motivos de la regulación y evolución legislativa de la Reincidencia y la Habitualidad .....	31
2.1. Reincidencia y Habitualidad .....	31
2.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos .....	34
2.3 Jurisprudencia vinculante: .....	35
Apartado III: Admisión de su constitucionalidad y lineamientos de su aplicación .....	67
3.1. Acerca de su regulación .....	67
3.2. Admisión de la Constitucionalidad .....	68
Apartado IV: La reincidencia y la habitualidad como expresión del derecho simbólico .....	70
4.1 Presión social .....	70
4.2 Modificaciones en el Derecho Penal .....	70
Apartado V: Legislación comparada .....	72
5.1 Ecuador .....	72
5.2. Argentina .....	80
5.3. España .....	84
Apartado VI: Reincidencia y Habitualidad como derecho penal del enemigo .....	92
CAPITULO III: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS	

<b>INSTRUMENTOS UTILIZADOS.....</b>	<b>98</b>
3.1 Resultados .....	99
3.1.1. La Reincidencia y Habitualidad en el Perú .....	99
3.1.2. Requisitos de la Reincidencia y Habitualidad en el Perú .....	101
3.1.3: Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal de la T.E.D.H respecto de estas figuras jurídicas? .....	111
3.1.4: Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal del Tribunal Constitucional Peruano respecto de estas figuras jurídicas? .....	116
3.1.5: Determinar si la posición doctrinaria del Tribunal Constitucional Peruano es compatible con la posición doctrinaria de la C.I.D.H. y el T.E.D.H. ....	122
<b>CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>124</b>
4.1 Conclusiones .....	125
4.2 Recomendaciones .....	127
<b>V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>128</b>
<b>VI. ANEXOS .....</b>	<b>131</b>

## **RESUMEN**

El propósito de esta investigación es Analizar si la Doctrina jurisprudencial en materia de Reincidencia y Habitualidad que sostiene el Tribunal Constitucional Peruano es compatible o no con la Doctrina Jurisprudencial de la C.I.D.H y el T.E.D.H.

Para efectos de su desarrollo se formula la siguiente interrogante: ¿Es la Reincidencia y Habitualidad según la doctrina del Tribunal Constitucional Peruana, compatible con la Doctrina Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

El enfoque metodológico es descriptivo cualitativo teniendo como técnica el análisis documental, teniendo fuentes de información normas jurídicas, antecedentes de investigación, jurisprudencia, Código Penal, Constitución Política, entre otros.

Entre los hallazgos encontrados tenemos: Con respecto a la reincidencia: En nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en los delitos señalados en el segundo párrafo del presente artículo. Con respecto a la habitualidad: Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años.

Palabras clave: Reincidencia, habitualidad, Doctrina y Jurisprudencia.

## **ABSTRACT**

The purpose of this investigation is to analyze whether the jurisprudential doctrine on recidivism and habituality maintained by the Peruvian Constitutional Court is compatible or not with the Jurisprudential Doctrine of the C.I.D.H and the T.E.D.H.

For purposes of its development, is it Recidivism and Habituality according to the doctrine of the Peruvian Constitutional Court, compatible with the Jurisprudential Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights?

The methodological approach is qualitative descriptive taking into account the documentary analysis, having access to legal norms, antecedes of investigation, jurisprudence, Penal Code, Political Constitution, among others.

Among the findings found we have: With respect to recidivism: In a new intentional crime in a period not exceeding five years has the condition of recidivist. Equal condition has who has been condemned for the commission of intentional faults. Recidivism is an aggravating circumstance. The judge increases the penalty by up to one half over the legal maximum set for the criminal type. In cases of recidivism, the criminal records canceled are not counted, except for the crimes indicated in the second paragraph of this article. Regarding the usual: If the agent commits a new intentional crime, it is considered a habitual criminal, provided that there are at least three punishable acts that have been perpetrated in a period not exceeding five years.

**Keywords:** Recurrence, habituality, Doctrine and Jurisprudence.



## INTRODUCCIÓN

*“No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos al delitos, sino la infalibilidad de ellas”, ya que “La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión, que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres”*

La Constitución Política de nuestro país, sus principios y derechos fundamentales, son la base de nuestro sistema jurídico y matriz mediante la cual los legisladores elaboran la normatividad.

En los últimos años en el ámbito de la doctrina penal, uno de los temas que ha sido de mayor objeto de debate, es el tema del derecho penal del enemigo, el cual como sostienen algunos autores es una clara manifestación del denominado “Derecho Penal Moderno”, es decir de la actual tendencia expansiva del poder punitivo que, en general, da lugar formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, por medio de una tendencia tanto a la sobre criminalización por la incorporación de nuevas conductas al catálogo de delitos como la presencia de una sobre penalización de conductas que conlleva a una elevación considerable del quantum de la pena para el caso de los delitos de viejo cuño, lo cual da lugar a una flexibilización o relajación de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho.

Una muestra de la perseverancia del Estado en su política de incremento de la represión penal, lo constituyó la publicación de la Ley N° 28726, mediante la cual se reincorporó las figuras de la reincidencia y la habitualidad como elementos que el juez debe tomar en consideración al emitir sentencia en casos penales.

Es así, como en el presente trabajo de investigación, se ha desarrollado concisamente las instituciones de la **Reincidencia** y **Habitualidad** para poder dilucidar si la Doctrina Internacional y los Órganos de Justicia Internacional como

son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concuerdan con el planteamiento Doctrinario y Jurisprudencial Peruano emitido por el Tribunal Constitucional y por Juristas de la más alta jerarquía.

Continuando con la introducción veamos ahora los trabajos previos o antecedentes de investigación relacionados, para ello se ha considerado describirlos en tres dimensiones como son internacional, nacional y local

**En el ámbito mundial tenemos el** tratadista español **Dr. Eduardo A. Oré Sosa** precisa que:

Al definir la reincidencia, el artículo 46-B del Código Penal Peruano señala: “El que, después de haber cumplido **en todo** o en parte...”. La expresión subrayada “**en todo**” no es gratuita. Lo correcto sería que el que haya cumplido su condena totalmente quede rehabilitado plenamente, es decir, que vea eliminado de manera definitiva los efectos penales de su condena. No obstante, el legislador desconoce, mediante la Ley 28730, la esencia de la **rehabilitación**. Sobre esto volveremos más adelante.

Es de manifestar que el artículo 111 del Código penal de 1924 definía la reincidencia de manera similar: *“Es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena a pena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito reprimido también con pena privativa de la libertad”*. Lo curioso del caso es que la Ley 28726 no fija ningún límite temporal para la determinación de la reincidencia, cosa que sí hacía el Código anterior al establecer que ésta operaba siempre que se incurriese en otro delito “antes de pasar cinco años”.

La reincorporación de estas agravantes por el legislador, sin embargo, no constriñe al Juez a que las aplique en todos los casos y sin excepciones. Esta institución asume, a mi entender, un carácter facultativo. No otra cosa se desprende del verbo empleado por el legislador: El Juez “**podrá**”. Tendremos que confiar en una interpretación garantista de los magistrados, la misma que

entendiendo que dicha figura no es de aplicación obligatoria, la inaplique (o la aplique excepcionalmente) en salvaguarda de criterios de proporcionalidad, economía procesal y, sobre todo, en protección de la dignidad de la persona humana.

El tratadista alemán **Dr. Günther Jakobs** refiere que: Asumiendo un concepto restrictivo de persona, en el sentido de considerar como tales aquellos que sean capaces de adquirir derechos y sobre todo asumir obligaciones (llegando a extremos Jakobs en sus planteamientos filosóficos de considerar como persona solamente a aquellos que sean productivos, que puedan llegar a serlo o han dejado de serlo, en tanto que el resto tendrían la concepción de meros individuos, carentes de importancia para el Derecho); lo cual en sintonía con la pretendida organización en base a ámbitos de competencia, como son los denominados roles sociales con la finalidad de lograr estandarizar los comportamientos de la sociedad, para lograr previsibilidad en la realización de las conductas y por ende obtener seguridad jurídica en el medio social a través de una homogeneidad de la conciencias individuales, trayendo como consecuencias una masificación de la sociedad y por tanto una **robotización del hombre**.

Es por ello que consideran que el poder punitivo del estado, expresado en la normas penales deben imponer penas altamente represivas (no solo expresado en la elevación de penas del crimen organizado, **sino también en introducción de elementos de agravación de la pena para la delincuencia en general como son la reincidencia y la habitualidad**) para aquellos agentes criminales desertores del sistema social, en donde dichas sanciones no solo van a tener en cuenta la dañosidad social de su conducta, sino que además –y preferentemente– se van hallar vinculadas a la personalidad del autor, por la supuesta peligrosidad que reviste en atención a una especial conducción de vida defectuosa.

En el contexto nacional, el tratadista nacional **Dr. Percy García Caverro**, señala: En la legislación penal peruana existen determinados grupos de delitos que se incardinan indudablemente en el concepto de Derecho penal del enemigo. La historia de la legislación penal especialmente represiva en nuestro país nos ha

mostrado que en algunos casos se ha configurado un Derecho penal absolutamente ilegítimo por desconocer principios y garantías jurídico-penales básicos. Sin embargo, esta constatación no debe llevar a la conclusión completamente contraria de que todo endurecimiento de las condiciones de represión penal puede ser catalogado de Derecho penal del enemigo y rechazado como ilegítimo, inhumano e inconstitucional.

Las garantías penales constitucionalmente reconocidas pueden restringirse si se hace respetando los parámetros de razonabilidad y el contenido esencial de los derechos humanos.

El C.P. actual, promulgado en 1991, proscribió de su texto las figuras de la reincidencia y de la reiterancia y aún de la habitualidad delictiva en momentos de aplicar la pena a los autores de su violación. Las razones argüidas por los legisladores fueron que estas eran “formas aberrantes de castigar....ya que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor)”.

La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias conductas precedentes, por lo demás debidamente ejecutadas.

“Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio “non bis idem” (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el Art. 233 inc.11) de la Carta Política.

El tratadista nacional **Dr. Luis Lamas Puccio**, precisa: Cataloga a la Ley N° 28726 como una norma desproporcionada. “Al consagrarse la habitualidad y la reincidencia, se podría crear un grave problema de orden carcelario, más aún si las modificaciones que se introducen se centran en aumentar la pena privativa de la libertad y los años de reclusión en delitos de hurto.”

Advierte que el problema de la seguridad ciudadana en el país no se solucionará modificando el Código Penal, porque a su criterio éste no es un problema jurídico ni legal, sino de orden estructural.

“Además, la reincorporación de la habitualidad y la reincidencia a nuestra legislación penal desnaturalizan la estructura del Código Penal en la medida en que la finalidad de este cuerpo normativo es estrictamente resocializadora del delincuente.”

El penalista **Dr. Juan Portocarrero Hidalgo**, señala: La aplicación de la citada ley modificada generará un mayor hacinamiento en las cárceles, por cuanto –dijo– la incorporación de la reincidencia y la habitualidad delictivas en el Código Penal ha sido diseñada tan sólo para reprimir la delincuencia en lugar de buscar prevenirla y sin considerar la situación carcelaria en el país.

“Sobre todo si se observa que las cárceles se han convertido en la práctica en lugares de formación de mayores delincuentes.”

En su opinión, antes de aprobar la Ley N° 28726, debió tomarse en cuenta que el Estado carece de los suficientes recursos para mantener y mejorar tanto la infraestructura carcelaria, como la alimentación de los reos y sus servicios básicos.

“La solución al problema de la criminalidad no está en enviar a los delincuentes a la cárcel, sino más bien en adoptar medidas orientadas a prevenir la delincuencia.”

En el ámbito local, el penalista **Dr. Germán Small Arana**, precisa que: La incorporación de la reincidencia y la habitualidad en la legislación penal debió analizarse con mayor detenimiento antes de concretarla.

A su criterio, las referidas modificaciones introducidas al Código Penal constituyen medidas de política criminal para frenar la delincuencia que podrían ser bien intencionadas, pero tal vez de poca efectividad ante el hacinamiento de las cárceles en el país.

“Por ende, las medidas penales deben tener siempre un correlato penitenciario, el cual no se observa que se encuentre presente en este caso.”

Continuando con la introducción veamos ahora la formulación del objetivo general que persigue la presente indagación: Analizar si la Doctrina jurisprudencial en materia de Reincidencia y Habitualidad que sostiene el Tribunal Constitucional Peruano es compatible o no con la Doctrina Jurisprudencial de la C.I.D.H y el T.E.D.H.

Para alcanzar el propósito general de esta tesis se plantearon los siguientes objetivos específicos: Primero: Determinar los elementos o requisitos de la Reincidencia y Habitualidad en el Perú; Segundo: Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal de la C.I.D.H respecto de estas figuras jurídicas?; Tercero: Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal de la T.E.D.H respecto de estas figuras jurídicas?; Cuarto: Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal del Tribunal Constitucional Peruano respecto de estas figuras jurídicas? Y Quinto: Determinar si la posición doctrinal del Tribunal Constitucional Peruano es compatible con la posición doctrinal de la C.I.D.H. y el T.E.D.H.

Con respecto a la justificación, esta investigación es necesaria para los responsables de la aplicación de justicia dentro de la provincia de Chiclayo, porque al revisar y analizar sus objetivos y conceptos referidos a las figuras jurídicas REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD, podrían aportarse recomendaciones que contribuyan a PROPONER una forma de control que mitigue los hechos punibles y brinden una mayor seguridad social y jurídica, tomando como referencia que el diseño constitucional del Estado no cesa con un endurecimiento irracional del sistema penal; la arbitrariedad, no sólo rompe el equilibrio entre seguridad pública y garantías individuales, sino que destruye por entero la esencia misma del Derecho Penal, ya que se convierte en simple mecanismo de violencia y represión. Por otro lado con la comparación y con la doctrina Jurisprudencial de la C.I.D.H y el T.E.D.H podremos llegar a la conclusión si la aplicación de estas figuras Jurídicas está dentro de lo razonable o no.

# **CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO**

## 1.1. Ubicación

La presente indagación desarrolla temas importantes como la Reincidencia y Habitualidad las cuales fueron proscritas en el código penal de 1991. Estas figuras jurídicas específicamente la Reincidencia consiste en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de un anterior. Con respecto a la habitualidad se refiere la comisión reiterada de delitos, usualmente de los mismos. Con su acepción legal la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos en tiempos diversos e independientes unos de otros.

A continuación se describe un aporte importante por lo miembros de la Comisión Revisora del año 1991 quienes manifestaron lo siguiente:

Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto de Código Penal, los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor)<sup>1</sup>.

La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas<sup>1</sup>. Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio bis non inidem (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233° inc. 11 de la Carta Política.

---

<sup>1</sup> Rectificado por Fe de Erratas, publicada el 9 de mayo de 1991



La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social<sup>1</sup>.

*Se puede apreciar como los miembros de la comisión remisoras dan alcances importantes sobre la residencia y la habitualidad en donde concluye indicando lo siguiente: no existe un razonamiento lógico de castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya satisfecho, pues nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito (Artículo 233 INC. 11 Constitución Política).*

*La Habitualidad y la Reincidencia se encuentran proscrito en el código penal, el cual ha sido modificado o actualizado por el decreto Legislativo 635 en su artículo 46, a continuación se describen estas dos figuras jurídicas.*

Decreto Legislativo 635 que modifica el artículo 46, encontramos lo siguiente:

**Artículo 46-C.- Habitualidad:** Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 108, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en el párrafo anterior, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En cuanto a la figura jurídica de la Reincidencia, el mismo D.L. 635

presenta modificatorias en el artículo 46

Artículo 46-B.- Reincidencia: El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Si la reincidencia se produce por los delitos previstos en los artículos 108, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en los delitos señalados en el segundo párrafo del presente artículo."

**1.2. Cómo surge el problema. Es una descripción del objeto de estudio, teniendo en cuenta su evolución histórica y las tendencias que presenta**

La utilización política de la violencia criminal cotidiana por parte del legislador ha significado la desvinculación del Derecho Penal de sus funciones ordenadoras, sometidas a la idea del estado social y democrático de derecho, como de los principios de subsidiaridad, ultima ratio y proporcionalidad, para asumir tareas meramente de percepción cognitiva, puramente simbólicos, por su inevitable ineficacia, a lo único que se va a conducir es a su desgastante nominal y a su deslegitimación como medio de control social formalizado.

Al parecer, la sola invocación de la reincidencia y habitualidad activa todas las alarmas y da carta blanca para cualquier limitación de derechos fundamentales. Y en nombre de la protección de intereses tan indeterminados como la seguridad y la paz, el Legislador da por cierto la inexistencia de otros mecanismos menos gravosos e igual de idóneos que el fácil recurso de agravar las penas.

Concretamente, la reincidencia y la habitualidad suponen la desvinculación del derecho punitivo al principio de proporcionalidad, a fin de ejercer una violencia punitiva draconiana, esencialmente sostenida en un Derecho Penal de Autor, inclinado a una función exclusivamente represora.

En el caso de la **reincidencia**, es importante recalcar que, esta institución tiene legitimación en cuanto se liga con un concepto de culpabilidad empírico – normativo, pero con otros matices e ingredientes. Pero, parece que para el legislador la ratio de esta institución radica en un Derecho Penal de Autor.

En el caso de la **habitualidad**, su fundamento es inobjetablemente la peligrosidad criminológica que se compagina en un Derecho Penal de Autor. Lo que ha hecho el legislador es provocar la ruptura del Derecho Penal con el principio de proporcionalidad de las sanciones y con el principio de culpabilidad, despojando a la violencia punitiva de los límites que contiene una descarga irracional y excesiva, donde la ansiedad de la eficacia del modelo penal provoca la configuración de tendencias subjetivas de autor.

### **1.3. Cómo se manifiesta y qué características tiene. Se describe la realización empírica del objeto de estudio**

Ante la situación que enfrentamos acerca de sí las figuras jurídicas de la Reincidencia y Habitualidad vulneran los Derechos Fundamentales del Procesado, el Tribunal Constitucional ya tiene una respuesta y es que NO; ahora bien es necesario saber si los entes máximos de Justicia es decir La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son de la misma opinión o en su defecto si su fallo no va acorde con la decisión de nuestro Tribunal Constitucional, para esto el Investigador tendrá que revisar y analizar la jurisprudencia y doctrina proporcionada por la Corte para los Juristas e Investigadores del Derecho.

Todo esta investigación se realizará con el afán de analizar de manera profunda la concepción de estas dos figuras jurídicas en el plano internacional, de ser que los entes máximos de justicia concuerden con lo que opina nuestro Tribunal Constitucional, servirá como sobrepeso para calmar las dudas acerca de si es inconstitucional que estas dos figuras estén dentro del marco de nuestro Código Penal vigente.

#### **1.4. Formulación del problema**

¿Es la Reincidencia y Habitualidad según la doctrina del Tribunal Constitucional Peruana, compatible con la Doctrina Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

#### **1.5. Objetivos**

##### **1.5.1. General**

Analizar si la Doctrina jurisprudencial en materia de Reincidencia y Habitualidad que sostiene el Tribunal Constitucional Peruano es compatible o no con la Doctrina Jurisprudencial de la C.I.D.H y el T.E.D.H.

##### **1.5.2. Específicos**

- a) Determinar los elementos o requisitos de la Reincidencia y Habitualidad en el Perú.
- b) Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal de la C.I.D.H respecto de estas figuras jurídicas?
- c) Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal de la T.E.D.H respecto de estas figuras jurídicas?
- d) Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal del Tribunal Constitucional Peruano respecto de estas figuras jurídicas?
- e) Determinar si la posición doctrinal del Tribunal Constitucional Peruano es compatible con la posición doctrinal de la C.I.D.H. y el T.E.D.H.

**1.6. Descripción detallada la metodología empleada de manera tal que el lector interesado pueda repetir el experimento o el proceso y llegar a los mismos resultados.**

#### **1.6.1. POBLACIÓN Y MUESTRA**

La población de informantes para el cuestionario fueron alrededor de 60 personas y la muestra será extraída de El Órgano Jurisdiccional y los profesionales del Derecho de la Provincia de Chiclayo.

#### **1.6.2. HIPÓTESIS**

Del tema planteado en la presente investigación se ha desprendido la siguiente hipótesis: “La Doctrina en materia de Reincidencia y Habitualidad del Tribunal Constitucional Peruano, sí coincide con la Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

#### **1.6.3. VARIABLES**

- **Variable Independiente:** Las figuras de la reincidencia y habitualidad del T.C Peruano.
- **Variable Dependiente:** Coincide con la Doctrina de la C.I.D.H y el T.E.D.H

**Tabla 1 Operacionalización de variables**

<b>VARIABLES</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>SUB INDICADORES</b>	<b>ÍNDICES</b>	<b>TÉCNICAS</b>
VI reincidencia y habitualidad	Derechos fundamentales	Principio ne bis in idem	Incremento de Nuevo s delitos dolosos	Revisión documentaria (Jurisprudencia Sentencias)
VD. Compatibilidad con la Doctrina de la C.I.D.H y el T.E.D.H	Garantías judiciales	Debido proceso	Sentencia firme	Revisión documentaria (Jurisprudencia Sentencias)

Fuente: Elaboración propia

#### **1.6.4. MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

En la investigación a realizar utilizaré la técnica de la Revisión documentaria.

a) **La técnica de revisión documentaria;** se utilizarán, como instrumentos de recolección de datos: fichas textuales y resumen; teniendo como fuentes libros y documentos de la institución; que usaremos para obtener datos de los dominios de las variables: conceptos básicos, normas generales y jurisprudencia nacional; responsables y comunidad jurídica.

#### **1.6.5. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS**

Utilizando el método de la investigación documental, lo que se emplea en este tipo de Investigación teórico descriptiva.

#### **1.6.6. ANALISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS**

Después de revisar una cantidad adecuada de libros, revistas jurídicas, y toda información doctrinaria que le sea posible conseguir al investigador, éste procederá a evaluarla para concluir si la hipótesis de la presente investigación es la correcta.

#### **1.6.7. DATOS OBTENIDOS O HALLAZGOS**

Al principio de este trabajo el autor se encontró con varias dificultades puesto que el tema materia del presente informe requiere estudio de la jurisprudencia de los Entes Judiciales Internacionales como son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humano y la búsqueda y posterior análisis de ésta información requiere de mucho tiempo,

dedicación y bueno también dinero (libros, enciclopedias, etc).

Una vez analizada la jurisprudencia los datos que se obtuvieron fueron muy interesantes puesto que la jurisprudencia Internacional versa con gran similitud en el tema de Reincidencia y Habitualidad con la Jurisprudencia Peruana.

Ambos Entes de Justicia (TC PERUANO, C.I.D.H. y T.E.D.H) nos dicen que las instituciones legales de la Reincidencia y Habitualidad no vulneran los Principios Constitucionales de Legalidad, Ne bis in ídem ya que no se castiga un delito antes juzgado sino un delito doloso nuevo.

La severidad de las penas aplicadas mediante estas figuras jurídicas está en razón al desprecio que muestra el agente comisor del delito hacia las normas que rigen al país, siendo esto inaceptable para los entes administradores de justicia.

#### **1.6.8. EXPLICACIÓN DEL NIVEL DE ÉXITO ALCANZADO EN FUNCIÓN DE OBJETIVOS**

Bueno a decir verdad considero que mi trabajo ha sido beneficioso para mi formación personal puesto que me ha nutrido de información nueva, fresca y de interés Nacional y Mundial.

El nivel de éxito logrado a mi parecer es muy alto de acuerdo al tiempo de iniciada la investigación, el autor posee un panorama más claro sobre la dirección que está tomando su trabajo y es interesante ver como la información se va acoplando a los objetivos planteados.

Mediante las Jurisprudencias del TC. Peruano, el investigador tiene clara la posición del Perú ante las figuras de la reincidencia y habitualidad. Ahora bien hay que comparar con los Entes Judiciales Internacionales que son la C.I.D.H y el T.E.D.H y ver si hay similitud o concordancia o sino para armar la hipótesis correspondiente que dirigirá la investigación.

Después haber hecho el análisis de las jurisprudencias y el comparativo

respectivo, el investigador llegó a conclusión de que sí existe concordancia jurisprudencial y por lo tanto es acertada la dirección en la que gira el presente trabajo.

En los meses que falta para concluir la tesis sólo me queda seguir reuniendo la información necesaria que fortalezca aún más la hipótesis de mi tesis para así lograr el objetivo planteado que es la aprobación por unanimidad.



## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

## **Apartado I: La Reincidencia y Habitualidad en el Perú**

### **1.1 Concepto de Reincidencia**

Según Pizzorusso (2014) indica que: “La reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente”, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso.

Según Tiedemann (2003) indica que: “Cuando el imputado ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley”. “En la presente sentencia, se evalúa si la reincidencia atenta contra principios constitucionales tales como el ne bis in idem, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad” (p.21)

#### **1.1.1 El Principio De Bis In Idem**

En su configuración material, la cual consiste en la prohibición de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones como consecuencia de un mismo hecho delictivo. (Tiedemann, 2003)

Este Colegiado estima que no existe colisión con este principio por cuanto el primer delito cometido no es objeto de una doble imposición de pena si no que se toma en consideración para graduar la pena a un hecho delictivo distinto y el segundo tampoco, ya que solo es objeto de aquella sanción prevista en su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. (p.21)

#### **1.1.2 El Principio De Culpabilidad**

El cual la reprobabilidad del delito es un requisito para atribuir a alguien la responsabilidad penal, tampoco se aprecia colisión con este principio por cuanto, si bien entendido en su forma clásica, este principio proscribe la consideración de elementos externos al acto ilícito para determinar la

reprobabilidad.

Según Tiedemann (2003) indica que:

Una interpretación constitucional del mismo derivada de los artículos 2º, inciso 24 literal f, 37º, 140º y 173º de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. (p.21)

### **1.1.3 El Principio De Principio De Proporcionalidad**

Según Tiedemann (2003) manifiesta que: “En su variante de prohibición o interdicción del exceso, la medida impugnada cumple con el sub principio de idoneidad”. “En tanto se persigue un objetivo constitucionalmente legítimo como lo es cumplir con el deber del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44º de la Constitución)” Tiedemann (2003, p.21).

Además existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido; cumple con el sub principio de necesidad, dada la inexistencia de medidas menos gravosas; y con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto el Estado Constitucional de Derecho no solo tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal sino otros bienes constitucionales, como la paz y la seguridad de los ciudadanos frente a delitos como el terrorismo. (p.21)

### **1.2 Concepto de Habitualidad**

Según Benavente (2011) indica que: “En el derecho penal se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos”. “En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempo diversos e independientes unos de otros”. (p.15)

“A juicio del Colegiado la habitualidad no es inconstitucional por cuanto esta no supone necesariamente que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor de pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos” (p.15) “La reeducación, la reincorporación y la resocialización no

son los únicos fines de la pena sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos” (Benavente, 2011).

### **1.3 Requisitos de la Reincidencia y Habitualidad en el Perú**

#### **1.3.1 Requisitos de la Reincidencia**

Según el (635, 2010) modificado indica los siguientes requisitos:

En nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente.

Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas.

Constituye circunstancia agravante la reincidencia.

El juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Si la reincidencia se produce por los delitos previstos en los artículos 108, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal.

El juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta cadena perpetua. Sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en los delitos señalados en el segundo párrafo del presente artículo. (Artículo 46-B)

#### **1.3.2 Requisitos de la habitualidad**

Según el (Artículo 46 C, 2010) modificado indica los siguientes requisitos:

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años.

El plazo fijado no es aplicable para las modalidades agravadas de los delitos previstos en los artículos 108, 121, 121-A, 121-B, 129, 152, 153, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, del 325 al 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en las modalidades agravadas de los delitos previstos en el párrafo anterior, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. (Artículo 46-C)

#### **1.4. Las diferencias entre la reincidencia y la habitualidad en el Derecho Penal**

A continuación se hace una exposición de las diferencias entre la reincidencia y la habitualidad, desde el punto de vista del código español por el Dr. Gonzáles (2016) quién manifiesta lo siguiente:

Se debe tener en cuenta el **delincuente reincidente** y **delincuente habitual**, teniendo en cuenta el Código Penal español y parte de la doctrina penalística española. La principal diferencia entre ambos es que **la reincidencia es un concepto puramente penal**, hablamos de una circunstancia agravante contemplada en el Código Penal español, en su art.22.8 que dice: ***“Son circunstancias agravantes: Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.”*** Sobre esto volveremos ahora.

Mientras, **la habitualidad es un concepto criminalístico**, son delincuentes habituales todos aquellos que por una comisión reiterada de hechos delictivos han creado un hábito de delinquir. Hacemos hincapié en el hecho fáctico del “hábito” y no en el jurídico de “condena” que pesa sobre el del reincidente. En palabras del Profesor Cerezo Mir: *“El*

*delincuente habitual puede ser reincidente pero no todo reincidente es delincuente habitual.”*

Muchas veces se oye hablar, sobre todo en medios de comunicación de “delincuentes reincidentes” de una forma impropia. Podemos pensar que un reincidente es aquel que comete un hecho delictivo después de haber cometido otro, o estando ya condenado por otro. Y el Código Penal no establece que la reincidencia sea exactamente esto.

Existen dos tipos “grosso modo” de regular la reincidencia. Adoptar una **reincidencia genérica**, es decir, existirá ésta aunque el nuevo delito cometido sea de diferente naturaleza del anteriormente cometido por el condenado. Por ejemplo: el primer delito cometido es un robo, y el segundo un delito de lesiones. Son de distinta naturaleza. Pero el Código Penal español establece una **reincidencia específica**, es decir, solo se dará esta circunstancia agravante cuando el nuevo delito sea de la misma naturaleza o casi idéntico al anterior, es decir, cuando *“haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”*, como dice el art.22.8 CP que decíamos antes. El Código Penal anterior sí incluía tanto una como otra. Esto evidentemente restringe la aplicación de la reincidencia como circunstancia agravante.

Además también puede dividirse la reincidencia en **propia** e **impropia**. En la propia, para que se aplique el sujeto no sólo debe estar condenado, sino que tiene que haber cumplido ya la condena. En la impropia basta que haya sido condenado. Es la postura del Código español.

Por otro lado, el art.94 CP dice que **“se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.”** Este concepto del delincuente habitual cobra importancia por las investigaciones de la criminalística tanto italiana como alemana. En España no se introdujo en la legislación penal sino en la Ley

de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, como categoría de estado peligroso.

Hoy día, tiene una dimensión muy reducida, incluso más que la reincidencia, habida cuenta de que se exige un mínimo de 3 delitos, siempre que sean del mismo capítulo. Basta echar un vistazo para ver que estos capítulos son muy pequeños.

### **Consecuencias**

La reincidencia puede darse tanto en su forma **ordinaria** (la que señala el art.22.8 CP) y según el art.66.3 CP elevaría la pena a la mitad superior de la que se fije para ese delito, o bien darse la forma **cualificada**, es decir, que el reincidente además sea habitual por haber sido condenado en ese plazo de 5 años anterior por tres delitos del mismo capítulo (ex art.94 CP) en cuyo caso nos iríamos hasta la pena superior en grado a la señalada para el delito.

Además, al delincuente habitual no se le pueden aplicar las reglas de suspensión y sustitución de las penas.

## **Apartado II: Motivos de la regulación y evolución legislativa de la Reincidencia y la Habitualidad**

### **2.1. Reincidencia y Habitualidad**

Al respecto, conviene recordar que las instituciones penales de la Reincidencia y Habitualidad fueron proscritas en el Código Penal de 1991, así en la exposición de motivos<sup>2</sup> para la proscripción de estas figuras, se estableció:

*“(…) Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro*

---

<sup>2</sup> Exposición de Motivos del Código Penal, Decreto Legislativo N° 635, del 08 de abril de 1991, versión disponible en el Sistema Peruano de Información Jurídica – SPIJ, en <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>

*ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes por lo demás debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio non bis in idem (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito) ... La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad no han servido para atemorizar de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado, este rezago de los viejos tiempos del Derecho a Castigar y que el positivismo progresista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social (...)"*

Es decir, la comisión revisora manifestó un rechazo total de estas figuras, las mismas que incluso consideraba como carentes de logicidad y humanidad, así como violatorias al principio del non bis in idem; del mismo modo negó todo tipo de utilidad de las mismas; sin embargo, quince años después de la emisión del Código Penal, mediante Ley N° 28726, de fecha 09 de mayo del 2006, se incorporaron dentro del ordenamiento jurídico penal a estas dos instituciones que en un principio se hallaban proscritas, siendo que los fundamentos de su incorporación, se hallan regulados en la exposición de motivos de ésta ley<sup>3</sup>, bajo los argumentos siguientes:

*"(...) en la actualidad la delincuencia se ha incrementado y con*

---

<sup>3</sup> Exposición de Motivos de la Ley N° 28726, del 09 de mayo del 2016, versión disponible en el Sistema Peruano de Información Jurídica – SPIJ, en <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>



*mucho más ferocidad, sin embargo la sociedad, se encuentra desprotegida por nuestro ordenamiento legal es tan débil frente a los reincidentes y habituales que para estos reincidentes es su modus vivendi (modo de vida) y que justamente saben perfectamente que no se toma en cuenta su reincidencia y habitualidad, que no estamos juzgándolo por el delito cometido anteriormente, sino que para poder aplicarle la pena más severa se toma en cuenta su reincidencia y habitualidad, ya que con la anterior pena no se ha logrado el objetivo, considerando que en nuestro Código Penal vigente la pena no es un castigo sino que tiene por finalidad, la función preventiva, protectora y resocializadora (...)*”

Es decir, de la propia exposición de la motivos para de la incorporación de estas dos instituciones, se tiene que el fundamento principal ha sido el incremento de la delincuencia, y la incapacidad del Estado a fin de hacerle frente a este fenómeno social, y como una solución inmediata, poco debatida y analizada desde un punto de vista democrático, social, económico, cultural e ideológico, se ha optado por recurrir una vez más al Derecho Penal, a fin de satisfacer la demanda de seguridad y protección que exigía la Sociedad hacia su Estado; por lo que la salida más sencilla ha sido admitir la regulación de estas instituciones, como circunstancias agravantes para la determinación de la pena.

Más en su análisis, para la admisión de éstas figuras penales, no se evidencia que se haya evaluado los principios clásicos que inspiran el Derecho Penal, sino que por el contrario la admisión e implementación de éstas dos figuras dentro de nuestro ordenamiento jurídico constituyen una flexibilización de éstos principios, privilegiando el Derecho Penal del Autor sobre el Derecho Penal de Acto, igualmente con la emisión de las Leyes N° 29407, del 18 de setiembre del 2009, Ley N° 29570, del 25 de agosto del 2010, la Ley N° 29604, del 22 de octubre del 2010, la Ley N° 30068, del 18 de julio del 2013, la Ley N° 30076, del 19 de agosto del 2013, y finalmente el Decreto Legislativo N° 1181, del 27 de julio del 2015;

se ha ido extendiendo la capacidad del incremento de la pena concreta por tipo de delito, hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para cada tipo de delito, igualmente se ha extendido el plazo del cómputo de cinco años para considerar la reincidencia o la habitualidad, a un plazo ilimitado para algunos delitos y como si con eso no bastara, se ha prohibido la aplicación de beneficios penitenciarios para un catálogo amplio de delitos.

Siendo que actualmente con la última modificatoria que han sufrido los artículos 46° B y 46° C del Código Penal, mediante Decreto Legislativo N° 1181, del 27 de julio del 2015; se amplió aún más el ámbito de aplicación de la Reincidencia y la Habitualidad, extendiéndose incluso a las faltas dolosas.

Según Salazar (2007) indica que: Hago la formulación en cuanto a la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Se está violando los derechos humanos a las personas que se les acusa de habitualidad y/o reincidencia en el Perú?

Al respecto la Corte Interamericana de Derecho Humanos, se manifiesta en el artículo 8. Inc 4.

## **2.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Respecto a los alcances del concepto de “sentencia firme” que utiliza la referida disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

Según Salazar (2007) indica que expresión “sentencia firme” en el marco del artículo 8° inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, “sentencia” debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y “sentencia firme” como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las

cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada”. Lo que se quiere esclarecer es que si las imputaciones de habitualidad y reincidencia violan el principio de ne bis in ídem, el cual es un derecho fundamental reconocido por la Constitución que prohíbe que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito.

En otro sentido implica que no pueda valorarse dos veces un mismo hecho o fenómeno para calificar la tipicidad de un delito o evaluar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Ante un tribunal un acusado además de declararse *inocente* o *culpable* puede manifestar que *autrefois acquit* (en francés: *Ya he sido exculpado*) si ya ha sido encontrado inocente en un juicio previo así como *autrefois convict* (en francés: *Ya he sido condenado*) si el acusado ya fue enjuiciado y condenado.

En consecuencia solo podrá hablarse de la reincidencia o habitualidad partiendo de la comisión de un “nuevo delito doloso”, lo que quiere decir que la pena a imponerse no está dirigida a sancionar a alguien por un delito que ya ha sido sancionado o absuelto y que el estado está ejerciendo su función punitiva sobre ese nuevo delito doloso que ha cometido el agente”.

En resumen los delitos de reincidencia y habitualidad no vulneran los derechos humanos de los imputados, al aplicarse este a nuevos delitos dolosos.

### **2.3 Jurisprudencia vinculante:**

#### **Tribunal Europeo TEDH**

#### **Caso Nº01: Asunto C-524/15 TEDH**

En una investigación realizada por Campos (2017), presenta el siguiente comentario del Tribunal Europeo con respecto a una decisión de doble juzgamiento.

«Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Legislación

nacional que prevé una sanción administrativa y una sanción penal por los mismos hechos, relativos a la falta de pago del IVA — Violación del principio ne bis in idem — Identidad de los hechos — Repetición de los procedimientos o de las sanciones — Excepciones a la prohibición del ne bis in idem — Vínculo material y temporal suficientemente estrecho entre los procedimientos»

1. ¿En qué condiciones se aplica el principio ne bis in idem cuando las legislaciones de algunos Estados permiten acumular las sanciones administrativas y las penales para castigar los impagos del impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «IVA») de elevada cuantía? Este es, en síntesis, el problema al que, una vez más, se enfrenta el Tribunal de Justicia.

2. Este Tribunal marcó con su sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, la línea que habían de seguir los órganos jurisdiccionales nacionales sobre el derecho de una persona a no ser juzgada dos veces por un mismo incumplimiento de la obligación de pagar el IVA. Lo hizo incorporando soluciones desarrolladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH»), pero la aplicación de la respuesta dada en aquella sentencia ha generado dificultades y controversias entre los jueces de algunos Estados miembros, como Italia.

3. Además, el TEDH ha modificado notablemente su jurisprudencia sobre el principio ne bis in idem en la sentencia de 15 de noviembre de 2016, A y B c. Noruega. (3) El Tribunal de Justicia deberá decidir si adopta esta nueva orientación, más restrictiva, del ne bis in idem o si mantiene un nivel de protección mayor. Al clarificar la sentencia Åkerberg Fransson habrá de resolver, pues, si en el derecho de la Unión rige la limitación al ne bis in idem recientemente validada por el TEDH.

4. Estas conclusiones se formulan de modo simultáneo con las de los asuntos Garlsson Real State (C-537/16), Di Puma (C-596/16) y Consob (C-597/16), dada la conexión que existe entre ellos

III. Análisis de la cuestión prejudicial

22. La aproximación metodológica que el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo en la sentencia de 5 de abril de 2017, Orsi y Baldetti, al analizar el artículo 50 de la Carta en relación con el artículo 4 del Protocolo n.º 7 queda reflejada así en sus apartados 15 y 24:

– «El examen de la cuestión planteada debe basarse únicamente en los derechos fundamentales garantizados por la Carta».

– Al final de ese examen, «en virtud del artículo 52, apartado 3, de la Carta, en la medida en que el artículo 50 de la misma contempla un derecho correspondiente al establecido en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH, es preciso cerciorarse de que la interpretación del artículo 50 de la Carta en el sentido antes expuesto respete el nivel de protección garantizado por el CEDH».

23. Ahora bien, incluso para interpretar el artículo 50 de la Carta no cabe olvidar que, según su artículo 52, apartado 3, «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio».

24. Así pues, abordaré, en primer lugar, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 50 de la Carta, como referente obligado para aplicar el *ne bis in idem* a los casos de acumulación de sanciones fiscales y penales por impago de IVA.

25. Seguidamente, ofreceré mi parecer sobre la incidencia que en esa jurisprudencia pudiera tener la doctrina del TEDH, incluida la que contiene la sentencia A y B c. Noruega. Además, exploraré la posibilidad de que el Tribunal de Justicia desarrolle una vía autónoma para el análisis de los procedimientos mixtos (penales y administrativos) con vínculo material y temporal suficiente.

26. Por último, una vez completados estos análisis, volveré sobre los hechos de este reenvío para proponer una respuesta que permita al juez nacional resolver el litigio.

A. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicación del artículo 50 de la Carta a la acumulación de sanciones fiscales y penales

27. El principio ne bis in idem aparece en el derecho de la Unión con diversas variantes cuyo tratamiento no ha sido aún homogeneizado por el Tribunal de Justicia, pese a las llamadas en ese sentido de algunos abogados generales. No me detendré en el análisis de la jurisprudencia, más restrictiva, que lo interpreta en el campo de las normas sobre la defensa de la libre competencia ni tampoco en la que concierne al artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, más extensiva y protectora de los derechos de los inculpados en esta materia.

28. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicación del principio ne bis in idem a la acumulación de sanciones fiscales y penales como respuesta del Estado al impago de impuestos (en concreto, del IVA) se fijó en la sentencia Åkerberg Fransson. Tras utilizar los criterios Engel para dilucidar cuándo una sanción fiscal tiene, verdaderamente, «carácter penal», pese a su configuración nominal como de naturaleza administrativa, el Tribunal de Justicia incluyó una referencia explícita a la efectividad de las sanciones, cuyo engarce con la jurisprudencia del TEDH puede ser de difícil articulación.

29. En la sentencia Åkerberg Fransson, después de aceptar su competencia para responder al reenvío prejudicial, el Tribunal de Justicia aseguró que el principio ne bis in idem «no se opone a que un Estado miembro imponga, por los mismos hechos de incumplimiento de obligaciones declarativas en el ámbito del IVA, sucesivamente un recargo fiscal y una sanción penal si la primera sanción no tiene carácter penal, cuestión que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional nacional». La libertad de elección de sanciones por parte de los Estados miembros se justifica por la necesidad de garantizar la percepción de todos los ingresos procedentes del IVA y, de este modo, proteger los intereses financieros de la Unión.

30. Pero el Tribunal de Justicia estableció un límite a la acumulación de sanciones fiscales y penales: «cuando la sanción fiscal tenga carácter penal, en el sentido del artículo 50 de la Carta, y ya no pueda ser objeto de recurso, podrá considerarse que el artículo 50 de la Carta se opone a una acción penal por los mismos hechos contra la misma persona». Cabe,

pues, simultanear las sanciones fiscales y las penales, pero no imponer una sanción nominalmente administrativa que, en realidad, sea de índole represiva, junto con otra penal.

31. Para determinar, a su vez, cuándo una sanción fiscal es de carácter penal, el Tribunal de Justicia utilizó, como ya he avanzado, los «criterios Engel», que previamente había asumido en la sentencia Bonda. Pero, en vez de aplicarlos por sí mismo a una legislación como la sueca, encomendó esta tarea al tribunal nacional remitente, con el caveat de que solo podría concluir que la acumulación de sanciones fiscales y penales era contraria al artículo 50 de la Carta si las restantes sanciones eran efectivas, proporcionadas y disuasorias.

32. La eficacia en la persecución del fraude y la protección de los intereses financieros de la Unión aparecen, pues, como contrapunto para evaluar la incompatibilidad de la acumulación de sanciones fiscales y penales con el principio *ne bis in idem*, cuando se trata de tributos que afectan a aquellos intereses.

33. La exigencia de efectividad de las sanciones se convierte en una condición, según la sentencia Taricco y otros, que modula la libertad de elección de los Estados miembros, ya que «las sanciones penales pueden resultar indispensables para combatir de manera efectiva y disuasoria algunos casos graves de fraude de IVA». La limitación encuentra, además, fundamento en el artículo 325 TFUE, en cuya virtud los Estados miembros han de combatir las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión con medidas disuasorias y efectivas y, en particular, han de adoptar, para luchar contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión, las mismas medidas que para enfrentarse al fraude que perjudique a sus propios intereses.

34. En definitiva, con las sentencias Bonda y Åkerberg Fransson el Tribunal de Justicia interpretó el artículo 50 de la Carta en sintonía con la jurisprudencia hasta entonces dominante del TEDH sobre el *ne bis in idem*. Esta convergencia era lógica, dada la similitud entre la regulación del *ne bis in idem* del artículo 4 del Protocolo n.º 7 y del artículo 50 de la Carta.

B. La jurisprudencia del TEDH sobre el principio *ne bis in idem* y la

acumulación de sanciones fiscales y penales

35. La protección del principio ne bis in idem en el marco del Consejo de Europa no está exenta de complicaciones. Este derecho no se incorporó al CEDH, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y su protección se ha realizado con posterioridad mediante el Protocolo nº 7, ratificado por cuarenta y cuatro de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa. Reino Unido no lo ha firmado y Alemania y Países Bajos son reticentes a ratificarlo. Alemania, en el momento de su firma, como varios otros países durante su conclusión (Austria, Francia, Portugal o Italia) han formulado reservas o declaraciones en sus instrumentos de ratificación, para restringir la competencia del TEDH al ámbito estrictamente penal, de modo que puedan mantener la dualidad de sanciones administrativas y penales por los mismos hechos.

36. La jurisprudencia del TEDH ha limitado los efectos de estas reservas o declaraciones al exigir, de conformidad con el artículo 57 del CEDH, el respeto de las condiciones siguientes para su validez: formulación en el momento de la firma del Protocolo, referencia a normas en vigor en la fecha de la ratificación, carácter general e inclusión de una breve exposición de las normas contempladas. Al juzgar que no se cumplían estas condiciones, la sentencia del TEDH Grande Stevens y otros c. Italia ha considerado inválida la declaración de Italia en el instrumento de ratificación del Protocolo n.º 7, que pretendía reducir su aplicación únicamente a las sanciones y procedimientos calificados como penales por el derecho italiano.

37. Según la jurisprudencia del TEDH, el principio ne bis in idem prohíbe la apertura de dos o más procedimientos de carácter penal (doble acusación) y la aplicación de dos o más condenas penales definitivas (doble incriminación) contra la misma persona y por los mismos hechos. El objetivo de este principio es impedir la repetición de procesos penales ya terminados, así como garantizar la seguridad jurídica del individuo, protegiéndole contra la incertidumbre de poder ser sometido a una doble persecución, un doble procedimiento o una doble condena. Buena parte de esta jurisprudencia del TEDH versa, en particular, sobre la duplicación de



sanciones tributarias y penales.

38. La aplicación del principio ne bis in idem por el TEDH exige la concurrencia de cuatro requisitos: 1) la identidad de la persona perseguida o sancionada, 2) la identidad de los hechos enjuiciados (idem), 3) la duplicidad de los procedimientos sancionadores (bis) y 4) el carácter definitivo de una de las dos decisiones. Los requisitos relevantes para este asunto, que han generado mayor y más controvertida jurisprudencia del TEDH, son la identidad de los hechos (idem) y la duplicidad de los procedimientos (bis).

1. La identidad de los hechos (concepto de idem)

39. Este elemento del principio ne bis in idem precisa determinar si los procedimientos que se repiten deben versar solo sobre el mismo comportamiento (idem factum) o si es necesario, también, que se aplique la misma calificación jurídica (idem crimen).

40. La jurisprudencia inicial del TEDH fue muy heterogénea y, en algunos supuestos de acumulación de sanciones penales y fiscales, entendió que unos mismos hechos podían ser objeto de sanción penal y de sanción administrativa, porque ambas no tenían en cuenta los mismos elementos.

41. Por influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el TEDH procedió a una revisión y ordenación de su jurisprudencia en la crucial sentencia Zolotoukhin c. Rusia, en la que afirmó que el artículo 4 del Protocolo n.º 7 prohíbe que una segunda infracción se castigue con fundamento en actos idénticos, o sustancialmente iguales, a los que sirvieron de base a la primera, cualquiera que sea su calificación jurídica (opción clara por el idem factum y negación del idem crimen). El TEDH describe la identidad de los hechos como un conjunto de circunstancias fácticas concretas que implican al mismo infractor y están unidas indisolublemente en el tiempo y en el espacio.

42. En su jurisprudencia posterior, el TEDH ha mantenido este enfoque, favorable a las garantías de los individuos, consistente en valorar el idem factum frente al idem crimen. En su sentencia de Gran Sala A y B c. Noruega, lo ha vuelto a confirmar.

2. La repetición de los procedimientos sancionadores (concepto de bis)

43. La duplicación de procedimientos sancionadores de carácter penal es el elemento que más dificultades ha generado en la aplicación del artículo 4 del Protocolo n.º 7. Cuando se suman procedimientos o condenas sobre idénticas acciones, instruidos por órganos jurisdiccionales del orden penal, la aplicación de este principio no plantea mayores dificultades. Sin embargo, existen normas de naturaleza represiva que los legisladores nacionales pueden configurar como de derecho administrativo sancionador, y no de derecho penal, para eludir la aplicación de las salvaguardias y las garantías propias de los procedimientos penales.

a) La jurisprudencia general del TEDH

44. La proliferación de normas de derecho administrativo sancionador de carácter represivo explica que el TEDH haya desarrollado criterios específicos y autónomos, desde su sentencia Engel y otros c. Países Bajos, para clarificar el concepto de «acusación en materia penal» del artículo 6 del CEDH y el concepto de «pena» del artículo 7 del CEDH. En concreto, para interpretar el artículo 4 del Protocolo n.º 7, ha recurrido también a los conocidos como «criterios Engel», a saber, la calificación jurídica de la infracción en el derecho nacional, la naturaleza de la infracción y la naturaleza e intensidad o gravedad de la sanción aplicada al infractor. Los dos últimos criterios son alternativos, pero el TEDH puede, en función de las peculiaridades del asunto, apreciarlos de forma acumulativa.

45. En su sentencia A y B c. Noruega, el TEDH ha reafirmado la utilización exclusiva de los criterios Engels, pese a que algunos Estados intervinientes en aquel litigio sugirieron otros adicionales para endurecer su aplicación, más allá de las estrictas fronteras del derecho penal.

46. El primer criterio «Engel» atañe a la calificación de la infracción según el derecho nacional, que el TEDH considera solo como punto de partida para discernir si una sanción tiene «carácter penal». Es una regla no determinante, salvo que el propio derecho nacional catalogue ambas sanciones como penales, en cuyo caso el principio ne bis in idem se aplica, lógicamente, sin más. Si, por el contrario, el ordenamiento interno califica la sanción como administrativa, procederá su análisis a la luz de los otros dos

criterios, a resultas de los que se ha de decidir si, pese a todo, aquella tiene «carácter penal» a los efectos del artículo 4 del Protocolo n.º 7.

47. El segundo criterio «Engel» concierne a la naturaleza de la infracción. En la jurisprudencia del TEDH, para precisar si una infracción fiscal de carácter administrativo es, en realidad, de naturaleza penal, se acude a factores como: a) los destinatarios de la norma sancionadora, de manera que si va dirigida al público en general, y no a un grupo de destinatarios bien delimitado, tendrá habitualmente «carácter penal»; b) el objetivo de dicha norma, pues la infracción no poseerá aquel carácter si la sanción prevista únicamente pretende reparar los daños patrimoniales y lo presentará cuando su tipificación obedezca a finalidades de represión y de prevención; y c) el bien jurídico protegido por la disposición nacional sancionadora, a la que corresponderá el carácter penal si su objeto es la salvaguarda de bienes jurídicos cuya protección se garantiza normalmente mediante normas de derecho penal.

48. El tercer criterio «Engel» atiende a la naturaleza y al grado de severidad de la sanción. Las penas privativas de libertad son, por sí mismas, de carácter penal e igual ocurre con las pecuniarias cuyo incumplimiento se pueda traducir en un arresto sustitutorio o que conlleven una anotación en el registro de antecedentes penales.

49. Al aplicar estos criterios a sanciones fiscales acumuladas con sanciones penales, el TEDH ha estimado, en no pocas ocasiones, que las primeras tienen «carácter penal», en el sentido de los artículos 6 y 7 del CEDH y, por extensión, del artículo 4 de su Protocolo n.º 7. Lo ha entendido así, en concreto, en casos de sanciones pecuniarias infligidas en procedimientos administrativos a causa del impago de impuestos, aunque su cuantía sea modesta. Para llegar a esta conclusión, examina la naturaleza y la severidad de la sanción valorando la posibilidad de su aplicación íntegra, esto es, sin sopesar el montante final producto de posibles reducciones acordadas por la Administración fiscal. En este sentido, ha declarado irrelevante que la primera de las sanciones haya sido descontada de la segunda para atenuar la doble sanción.

50. Por el contrario, el TEDH ha aseverado que no tienen carácter penal los

procedimientos y las medidas fiscales tendentes a recuperar los tributos impagados y a cobrar los intereses de demora, con independencia de su cuantía.

51. En otros pronunciamientos, el TEDH ha confirmado que la garantía inherente al ne bis in idem es aplicable no solo a los casos de doble condena, sino también a los de doble incriminación, es decir, a quienes han sido objeto de acusaciones acabadas sin condena. Ha confirmado, asimismo, que resulta indiferente que el procedimiento administrativo preceda o siga al procedimiento penal, que la primera sanción sea compensada con la aplicada en el segundo, o que la persona afectada haya sido exculpada al término del segundo o del primer procedimiento.

52. La vis expansiva de esta jurisprudencia del TEDH ha favorecido la protección de los particulares frente al poder represivo de las autoridades nacionales. Quizás esta circunstancia explique la reacción de algunos Estados, perceptible en las tesis que sostuvieron en el asunto A y B c. Noruega, a la que aquel Tribunal ha sido sensible.

#### E. Respuesta a la cuestión prejudicial

95. Después de este largo, pero ineludible, análisis de la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal de Justicia sobre el ne bis in idem, vuelvo al caso Menci para afrontar la pregunta del juez a quo.

96. Con la sentencia Åkerberg Fransson en la mano, podría proponer que se ofreciera una respuesta muy simple, pero seguramente poco útil, al juez de reenvío: bastaría recordarle aquella sentencia e instarlo a aplicar por sí mismo los criterios Engel, sin suministrarle ningún otro elemento de valoración.

97. Creo, sin embargo, que en el contexto de divergencias entre los jueces italianos, sobre las repercusiones de la sentencia Åkerberg Fransson y de la jurisprudencia del TEDH en esta materia, especialmente tras el cambio jurisprudencial de la sentencia A y B c. Noruega, el Tribunal de Justicia debe dar un paso adicional que facilite a los órganos jurisdiccionales nacionales la aplicación del artículo 50 de la Carta.

98. Sobre la base de esta premisa, me propongo examinar sucesivamente si en la cuestión prejudicial planteada concurren: a) la identidad de los

hechos enjuiciados y b) la duplicidad de procedimientos sancionadores. La identidad personal y el carácter definitivo de la sanción convergen claramente en un supuesto como el del presente asunto y no requieren mayores aclaraciones. Finalmente, abordaré la posibilidad de aceptar excepciones a la prohibición del artículo 50 en la línea apuntada por el TEDH en su sentencia A y B c. Noruega o por la vía abierta por el Tribunal de Justicia con su jurisprudencia Spasic.

1. La identidad de los hechos (idem)

99. En lo que respecta al idem, esto es, a la identidad de los hechos, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en particular, la recaída sobre el artículo 54 del Convenio de Schengen, ya mencionada) y en la jurisprudencia del TEDH tras la sentencia Zolotukhin c. Rusia hay pautas suficientes que se pueden extrapolar a la aplicación del artículo 50 de la Carta cuando se acumulan sanciones fiscales y penales por impago de IVA.

100. Según la tesis preponderante en esta jurisprudencia, la proscripción del doble castigo se refiere a los mismos hechos materiales (idem factum), entendidos como un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre sí, con independencia de su calificación jurídica (idem crimen) o del interés jurídico protegido.

101. El juez ha de dilucidar, conforme a la regla expuesta, si las sanciones fiscales por impagos de IVA y las sanciones penales por no abonar el IVA debido anualmente se aplican a hechos idénticos.

102. En sus observaciones escritas, el Gobierno de la República Checa entiende que dicha identidad tendría que interpretarse de forma restrictiva, cuando de acumulación de sanciones fiscales y penales se trata, siguiendo la estela fijada por el Tribunal de Justicia en los asuntos de defensa de la competencia. Apunta, en concreto, a la triple exigencia de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad del interés jurídico protegido.

103. Aunque, al igual que otros abogados generales, estimo que el Tribunal de Justicia debería homogeneizar su jurisprudencia sobre la aplicación del principio ne bis in idem en el ámbito de la defensa de la competencia con la que ha desarrollado respecto al artículo 54 del Convenio de Schengen y a

otras disposiciones del espacio de libertad, seguridad y justicia (lo que es más apremiante desde la evolución marcada por la sentencia del TEDH *Zolotoukhin c. Rusia*), no pienso que la diferencia de matiz destacada por el Gobierno de la República Checa sea significativa en este asunto. Baste recordar que, según mi apreciación, el interés jurídico protegido por las sanciones tributarias previstas para el impago del IVA coincide con el de las sanciones penales por ese mismo concepto.

104. Más dificultades entraña la alegación del Gobierno italiano que invoca, en su apoyo, la jurisprudencia de la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo) según la que no hay identidad de hechos si las infracciones administrativas castigan la falta de ingreso periódico del IVA en cada mes, o trimestre, consecutivo a su devengo, y el delito fiscal sanciona la elusión del pago (en cuantía superior a 50 000 o 250 000 euros, según la ley aplicable en cada momento) correspondiente al período anual. Para ese Tribunal, en síntesis, en estos supuestos no concurre la exigible identidad, a lo que añade que el principio *ne bis in idem* afecta únicamente a los procedimientos penales y, por tanto, no puede aplicarse a la imposición conjunta de sanciones penales y sanciones administrativas tributarias, de modo que la legislación italiana no viola el artículo 50 de la Carta ni el artículo 4 del Protocolo n.º 7.

105. La Comisión defiende, por el contrario, en sus observaciones escritas, una posición adversa, que comparto, por ser la ajustada a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del TEDH sobre el criterio de la identidad de los hechos.

106. Ante una conducta omisiva consistente en el incumplimiento de la obligación de ingresar la deuda tributaria en concepto de IVA, lo relevante es el conjunto de circunstancias fácticas concretas, unidas indisolublemente en el tiempo y el espacio, que implican a un mismo infractor. Pues bien, tanto en el caso de las infracciones fiscales como en el de las penales que se dan en el litigio principal, las disparidades que, según el Gobierno italiano, originan la aplicación de ambos tipos de sanciones no son de naturaleza fáctica, sino jurídica. El hecho material es siempre el mismo, a saber, el impago de IVA de elevada cuantía; y las

exigencias de que a estos impagos se les requiera, además, la presentación de la declaración anual del IVA, un umbral mínimo y un plazo de referencia son condicionantes jurídicos y no fácticos.

107. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (y del TEDH) que antes he mencionado subraya que la calificación jurídica de los hechos no ha de ser tenida en cuenta al apreciar su identidad. Es el *idem factum* y no el *idem crimen* lo que importa. Si el Gobierno italiano lleva razón al destacar, en la línea de las sentencias de la Corte di cassazione (Tribunal Supremo), que se debe prestar atención a una «apreciación concreta» de los hechos, su tesis sobre la «progresión de la ilicitud» en el comportamiento del impago del IVA, como base para interpretar que, en estos casos, no hay identidad en los hechos doblemente sancionados, no me convence. Así, en cuanto al Sr. Menci, las circunstancias fácticas precisas que han dado lugar a la imposición de la sanción tributaria y que pueden acarrearle, además, la sanción penal, son las mismas: el impago del IVA correspondiente al período impositivo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2011, por importe de 282 495,76 euros. La sanción tributaria se aplica a estos hechos utilizando unos criterios jurídicos, mientras que la sanción penal demanda una apreciación de otros criterios jurídicos, pero las circunstancias fácticas, insisto, no difieren.

108. Una última consideración se impone respecto a la compatibilidad de la interpretación que propongo con la obligación que pesa sobre los Estados miembros de aplicar sanciones efectivas, disuasorias y proporcionadas, que garanticen la recaudación del IVA y la protección de los intereses financieros de la Unión. Como ya he indicado, la utilización de un sistema de doble vía para reprimir los fraudes al IVA no tiene por qué ser más eficaz que el empleo de un sistema de vía única. Si la necesidad de recurrir a dobles procedimientos y dobles sanciones derivara, en el fondo, de las deficiencias de las estructuras administrativas o judiciales para reprimir los fraudes al IVA, se podrían conseguir también aquellos objetivos con la mejora de esos procedimientos y no con el sacrificio del derecho fundamental a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por los mismos hechos.

## 2. La duplicidad de los procedimientos o de las sanciones (bis)

109. Como ya he avanzado, el artículo 50 de la Carta, según la sentencia Åkerberg Fransson:

- Es compatible con la existencia de un sistema de doble vía (administrativa y penal) para sancionar los fraudes por impago de IVA, dada la libertad de los Estados miembros para elegir las modalidades de represión de los fraudes al IVA.

- Es incompatible, sin embargo, con el doble castigo, a título de sanción (o procedimiento) penal, por un lado, y a título de sanción (o procedimiento) tributaria, por otro, cuando pueda afirmarse que esta última posee realmente carácter penal, pese a su eventual calificación, por el derecho interno, como solo administrativa. En esta hipótesis, reitero, «cuando la sanción fiscal tenga carácter penal, en el sentido del artículo 50 de la Carta, y ya no pueda ser objeto de recurso podrá considerarse que el artículo 50 de la Carta se opone a una acción penal por los mismos hechos contra la misma persona».

110. Según esa sentencia, han de ser los órganos jurisdiccionales de reenvío quienes decidan si las sanciones fiscales impuestas por la Administración fiscal italiana son, en realidad, de carácter penal. Habrán de acudir, tal como ya se ha dicho, a aplicar por sí mismos los «criterios Engel», solución que tiene lógica (pues el juez nacional conoce su derecho interno mejor que el Tribunal de Justicia), pero también riesgos. De ahí la conveniencia de brindar a esos tribunales algunas pautas de interpretación adicionales que les ayuden a precisar mejor, en sus respectivos litigios, los contornos de aquellos criterios, en especial, del segundo y del tercero.

111. El primer criterio Engel (la calificación jurídica de la infracción en derecho interno) es muy poco relevante en este caso, pues, tal como el Gobierno italiano ha explicado en sus observaciones, las sanciones fiscales por impago de IVA gozan, nominalmente, de naturaleza administrativa según el derecho italiano, tanto por su denominación cuanto por los órganos que las imponen y el procedimiento que siguen. Esto no ha de impedir, sin embargo, su ulterior análisis a la luz de los otros dos criterios.

112. El segundo criterio Engel atiende a la naturaleza jurídica de la



infracción, que el juez nacional ha de verificar, para lo que podrá guiarse, bajo la inspiración de la jurisprudencia del TEDH a la que antes he aludido, por un conjunto de elementos de contraste, uno de los cuales es el ámbito subjetivo, esto es, el conjunto de destinatarios de la norma tipificadora. En cuanto a las infracciones fiscales por impago de IVA, castigadas con multas en vía administrativa, se trata de todos los contribuyentes obligados al pago de este impuesto, y no de un grupo determinado o cerrado de potenciales defraudadores.

113. Es más relevante, en esta tesitura, el propósito de la norma sancionadora al que, como ya he resaltado, también apelan el TEDH y el Tribunal de Justicia en la sentencia de 5 de junio de 2012, Bonda. Refuerza el carácter penal de la infracción que su castigo tienda a la represión y a la prevención de las conductas ilícitas, y no solo a la reparación de los daños patrimoniales. Pues bien, difícilmente podría negarse que las normas sancionadoras en el orden tributario pretenden, a la vez, castigar a los contribuyentes cuyos fraudes hayan sido detectados y servir de aviso o prevención al resto, para evitar que cedan a la tentación de no pagar sus impuestos. Y, ciertamente, siendo las sanciones administrativas y las penales reflejos del ius puniendi del Estado, no veo cómo (salvo en una construcción artificial, meramente dogmática) negar a las primeras su doble vocación preventiva y represiva, que las asemeja a las normas estrictamente penales. Es más, creo que toda sanción tiene, en realidad, un componente represivo y su efecto preventivo o disuasorio deriva, precisamente, de la punición que conlleva. 114. Además, en contra de lo que argumenta el Gobierno italiano, el efecto represivo de las sanciones fiscales no desaparece porque la legislación nacional permita, en ciertos casos, reducir su importe a causa del ulterior pago del impuesto o autorice a la Administración a renunciar a ellas bajo determinadas condiciones o a llegar a pactos, transacciones y acuerdos con los defraudadores que reconozcan su culpa y se abstengan de impugnarlas. Estas últimas medidas, u otras similares, pueden darse también en el curso de los procesos penales, sin que por eso se ponga en duda que las sanciones previstas en el Código penal (o en leyes especiales) para los delitos

tributarios poseen esa naturaleza. Los ordenamientos nacionales pueden contemplar, por ejemplo, que la regularización a posteriori de la situación tributaria implique, bajo determinadas condiciones, bien la desaparición de la antijuridicidad inherente al inicial incumplimiento de la obligación tributaria (con la subsiguiente desaparición del reproche penal), bien la atenuación de la respuesta punitiva.

115. Un último elemento que debe sopesarse, en la línea de interpretación inspirada por la jurisprudencia del TEDH, es el bien jurídico protegido por la norma nacional que sanciona la infracción. Esta tendrá, en principio, carácter penal, si su objeto es la salvaguarda de bienes jurídicos cuya defensa se garantiza normalmente mediante normas de derecho penal.

116. El propósito de las sanciones fiscales por impago del IVA es, precisamente, asegurar la adecuada recaudación de este impuesto y la simultánea defensa de los intereses financieros de los Estados y de la Unión. Se trata, pues, de bienes jurídicos que, en los casos más graves, han de ser protegidos también por el derecho penal, como el Tribunal de Justicia ha reiterado en la sentencia de 8 de septiembre de 2015, *Taricco y otros*, debiendo los Estados reprimir, de modo eficaz, los fraudes en este ámbito.

117. Ante esa obligación, cabría plantearse si la mejor opción sería acumular sanciones fiscales y sanciones penales por los mismos hechos, lo que, con bastante probabilidad, incrementaría la eficacia en la represión de los fraudes (al menos, de los graves) en materia de IVA. Simétricamente, esta doble incriminación disminuiría la ventaja que para los contribuyentes de mayor poder económico implicaría la aplicación del principio *ne bis in idem*, si se concluyera que la sanción administrativa obsta a la ulterior sanción penal por los mismos hechos.

118. No creo, sin embargo, que esta objeción sea convincente. Sin necesidad de duplicar los procedimientos sancionadores, administrativo y penal, por los mismos hechos, una adecuada tipificación delictiva de las conductas de fraude o elusión fiscal más graves, unida a la actuación diligente de los órganos jurisdiccionales penales en cada Estado, asegura de modo suficiente la mayor eficacia disuasoria en su represión, a la vez

que evita que se vulnere una garantía tan importante para el contribuyente como es el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción.

119. El tercer criterio Engel atiende a la naturaleza y al grado de severidad de la sanción. Bajo la inspiración de la jurisprudencia del TEDH, que ha de proyectarse en la interpretación del artículo 50 de la Carta, los jueces nacionales han de recordar que, según aquel Tribunal ha reiterado, no obsta al carácter penal de las sanciones pecuniarias impuestas en procedimientos administrativos por impago de tributos, que su cuantía sea modesta. De hecho, el auto de remisión prejudicial asegura que la sanción fiscal del artículo 13 del Decreto Legislativo nº 471, de 18 de diciembre de 1997 (el 30 % del importe del IVA no ingresado), tiene, por su naturaleza y por su magnitud, carácter penal, sin que sea óbice que otras sanciones incrementen aquel porcentaje hasta el 100 % o cifras superiores.

3. Las eventuales restricciones a la prohibición del ne bis in idem en este caso

120. A la luz de los elementos de hecho descritos por el juez de reenvío en su auto, cuya valoración final le corresponde, la dualidad de procedimientos iniciados contra el Sr. Menci por una sola conducta (la falta de pago del IVA) podría infringir su derecho a no ser juzgado y condenado dos veces por los mismos hechos.

121. Habiendo descartado que quepa aceptar, en relación con la aplicación del ne bis in idem a casos de fraude tributario regidos por el derecho de la Unión, la limitación del artículo 52, apartado 1, de la Carta (sentencia Spasic) podría detenerme sin más en este momento.

122. Sin embargo, por si el Tribunal de Justicia optara por explorar esa vía, opino, de modo subsidiario, que su eventual aplicación a este asunto no sería posible. Ni la limitación es necesaria, en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta, ni la acumulación de procedimientos o de sanciones prevista por el derecho nacional supera el test de proporcionalidad, para encontrar acomodo en aquel precepto.

123. A efectos de la proporcionalidad, se podría valorar la coordinación entre los diferentes procedimientos, la cooperación entre las autoridades

durante su desarrollo y la compensación de las posibles sanciones. Pues bien, esos elementos parecen jugar en contra de una legislación como la italiana, aplicada al Sr. Menci, que: i) no establece una coordinación de los procedimientos penales y administrativos; ii) no impone una colaboración entre las autoridades participantes en unos y otros, con objeto de evitar las máximas perturbaciones para el particular; y iii) no instaura un mecanismo de coordinación o compensación de las sanciones, previendo solo que las sanciones administrativas no sean exigibles hasta que termine el procedimiento penal.

124. También de modo subsidiario, por si el Tribunal de Justicia decidiera seguir la senda marcada por el TEDH en su sentencia A y B c. Noruega para interpretar el artículo 50 de la Carta, considero que un supuesto como el del Sr. Menci no se atiene a la doctrina de esa sentencia.

125. Basta señalar, para corroborarlo, que, con los datos existentes en autos, no parecen concurrir ni la complementariedad ni la instrucción combinada de los procedimientos (penales y administrativos) en este asunto. Aunque la valoración final de lo acaecido en relación con él corresponde al juez de reenvío, todo apunta a que ha habido una neta separación entre el procedimiento administrativo sancionador y el procedimiento penal. No se percibe tampoco un vínculo temporal estrecho entre los dos procedimientos (hay una diferencia de más de un año entre ellos y el procedimiento penal se inició una vez acabado el administrativo, cuando era firme la sanción en él impuesta).

#### **IV. Conclusión**

126. A tenor de los razonamientos expuestos, propongo al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales suscitadas por el Tribunale di Bergamo (Tribunal de Bérgamo, Italia) en estos términos:

«El artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

– Requiere para su aplicación la existencia de identidad en los hechos materiales que, con independencia de su calificación jurídica, sirven de base para la adopción de las sanciones tributarias y de las penales.

– Resulta vulnerado si se inicia un procedimiento criminal o se impone una pena de esta naturaleza a una persona que, por el mismo hecho, haya sido previamente castigada, de manera definitiva, con una sanción tributaria, cuando esta, pese a su denominación, tenga en realidad carácter penal. El órgano jurisdiccional nacional determinará esta circunstancia utilizando los criterios siguientes: la calificación jurídica de la infracción en derecho interno; su naturaleza, que se apreciará teniendo en cuenta el objetivo de la norma, sus destinatarios y el bien jurídico que protege; así como la naturaleza y el grado de severidad de la sanción.» (Campos M. , 2017)

### **Comentarios finales**

El TEDH, ha votado a favor y por consiguiente tiene carácter vinculante al observar la dualidad de procedimientos iniciados contra el Sr. Menci por una sola conducta (la falta de pago del IVA) podría infringir su derecho a no ser juzgado y condenado dos veces por los mismos hechos. En ese sentido se establece la razón a favor del imputado al no ser sometido en doble instancia o ser juzgado dos veces por el mismo delito, en esta oportunidad conducta incorrecta de no pagar un tributo.

**Caso Nº02: Unión Europea. AÑO XXVI. Número 6330. Viernes, 30 de septiembre de 2005**

### **DOCTRINA**

#### **EFICACIA TRANSNACIONAL DEL *NON BIS IN IDEM* Y DENEGACIÓN DE LA EUROORDEN**

**Por MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO**

**Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid**

#### **I. EL CONTEXTO NORMATIVO (1)**

El principio *non bis in idem* , que ha de considerarse rector del Derecho sancionador en general y garantía procesal de primer orden, en todo caso

de incuestionable vigencia en un Estado de Derecho precisamente como protector del ciudadano frente al poder punitivo estatal, ha encontrado hasta la fecha desde nuestro punto de vista un insuficiente reconocimiento y plasmación en las normas aplicables en la Unión Europea, no sólo por no estar expresamente definidos y garantizados todos los supuestos en que debería operar en el ámbito transnacional, sino también porque los diversos instrumentos internacionales o comunitarios no han sido ratificados por todos los Estados miembros (De Hoyos, 2005).

En el ámbito de la eficacia interna en cada uno de los Estados, los ordenamientos nacionales recogen esta garantía de modo más o menos amplio o expreso.

Así, por mencionar algunos, en España la cosa juzgada penal recibe en la LECrim. La consideración de artículo de previo pronunciamiento --art. 666.2--, regulándose su tratamiento procesal, y no tanto el efecto material de cosa juzgada que producen las resoluciones firmes de fondo. Cuando se trata de delitos cometidos fuera del territorio nacional, el art. 23.2 c) LOPJ establece que la jurisdicción española conocerá en el orden penal «de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: (...) c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda». Por tanto, y según jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS --22 de diciembre de 2003--, este precepto «no excluye absolutamente una renovación del juicio, en la medida en la que admite que la pena cumplida se debe descontar de la que le corresponda». (De Hoyos, 2005).

## II. EL PRINCIPIO O GARANTÍA DEL *NON BIS IN IDEM* EN EL DERECHO EXTRADICIONAL

Siguiendo en este punto las conclusiones de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en uno de los trabajos más recientes sobre la materia, así como las alcanzadas en el Coloquio Internacional de la AIDP sobre este derecho que ahora nos ocupa, dicho principio se sustenta en una doble fundamentación, que podemos hacer extensiva también al ámbito del proceso penal con connotaciones transnacionales en la UE.

Por un lado, su vigencia se asienta en el principio de culpabilidad, que impide que pueda imponerse por el mismo hecho al mismo sujeto una sanción que exceda del límite proporcional a la culpa. (De Hoyos, 2005).

Por otra parte, y cumulativamente, el principio de seguridad jurídica implica que no es admisible en un Estado de Derecho la amenaza permanente de diferentes sanciones simultáneas o sucesivas en el tiempo por el mismo hecho a un mismo sujeto, pues además tal posibilidad implicaría someter al ciudadano a un trato inhumano.

En consecuencia, según el primer fundamento no se podrá imponer al mismo sujeto una doble o múltiple sanción por los mismos hechos; conforme al segundo, que es más amplio, además queda prohibido incluso el doble enjuiciamiento o persecución penal por ese mismo objeto procesal.

En el ámbito internacional, si situamos el fundamento del *non bis in idem* en el principio de culpabilidad y subsiguiente de proporcionalidad, su vigencia no sería incompatible con el doble enjuiciamiento; bastaría con tener en cuenta la sanción anterior en otro Estado para compensarla o restarla de la pena que se pretende imponer en el segundo Estado que conoce de los mismos hechos ya enjuiciados. (De Hoyos, 2005).

Sin embargo, si consideramos que el principio que ahora nos ocupa tiene su fundamento, no tanto en la culpabilidad, o no sólo, sino también en la seguridad jurídica, el mero hecho de la condena o absolución previa en un Estado impediría que las autoridades judiciales de otro iniciaran posteriormente un proceso contra la misma persona y por los mismos hechos. Esta conclusión puede alcanzarse también considerando en toda

su dimensión el efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales, el derecho a la tutela judicial *efectiva* por tanto, que actuaría aquí como un derecho de defensa negativo --*Abwehrrecht*-- de los ciudadanos ante una bulímica potestad instructora y sancionadora de los Estados; en este caso, frente a las autoridades judiciales de cualquier Estado miembro, no lo olvidemos, integrado en el espacio común de libertad, seguridad y justicia. (De Hoyos, 2005).

### **Apreciaciones finales**

Un resumen y valoración de esta jurisprudencia puede encontrarse en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El principio «non bis in idem»*, *op. cit.*, págs. 84 y ss., o entre la doctrina italiana en SELVAGGI, E., «Il principio del *ne bis in idem* in ambito europeo (Unione europea)», *Cassazione penale*, 2003, págs. 1692 y ss.

En los mismos términos, el art. 1 del Convenio entre Estados miembros de la UE sobre la prohibición de la doble persecución penal, que no está vigente en España (hasta el 2005), pero sí por ejemplo en Alemania; *vid.* los comentarios de SCHOMBURG, W., «Die Europäisierung des Verbots doppelter Strafverfolgung», *op. cit.*, págs. 1833 y ss, y esp. págs. 1835 y 1835, donde realiza una valoración de la *transactie* belga y de la *ordonnance de non-lieu* del sistema francés, como formas de finalización del proceso penal por extinción de la acción pública como consecuencia de una decisión del Ministerio Público. *Vid.* también la interpretación que hace VOGEL, concretamente del art. 54 CAAS y de los problemas que plantea el reconocimiento de estas formas de conclusión del proceso penal, en *Perspektiven des internationalen Strafprozessrechts*, Heidelberg, 2004, págs. 38 y ss.

Se puede observar entonces como el Tribunal Europeo está en contra de la doble persecución penal, es decir no se puede juzgar dos veces por el mismo delito al imputado, de esta manera se hace justicia y se logra prevalecer los derechos fundamentales de la persona y el principio de “*non bis in idem*”



Devolviendo así la garantía procesal de primer orden, en todo caso de incuestionable vigencia en un Estado de Derecho precisamente como protector del ciudadano frente al poder punitivo estatal.

Según (CIDH, 1974) indica que:

- ✓ Estados Unidos de América. La Corte Suprema, en el caso *Breed v. Jones* (421 U.S. 519) decidió que, en virtud de la garantía constitucional de que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa, no podía enjuiciarse a un menor de edad, en caso de robo, por parte de un tribunal ordinario, si dicho menor hubiere sido ya declarado por un tribunal de menores como delincuente juvenil por el mismo delito. Aquí una recopilación de los hechos acontecidos

#### **Hechos del caso:**

**Un tribunal de menores encontró culpable a Gary Jones, de 17 años, de actos que constituirían un robo si lo juzgaban como adulto. Después de la audiencia, el tribunal determinó que Jones debería ser procesado como adulto. Jones presentó un habeas corpus, argumentando que el juicio penal lo puso en doble peligro. El tribunal de primera instancia, el tribunal de apelaciones y el Tribunal Supremo de California negaron el recurso. El caso fue a juicio y la corte encontró a Jones culpable de robo en primer grado (Steven, 1995).**

**Jones nuevamente solicitó un habeas corpus en la corte del distrito federal. El tribunal denegó la petición y sostuvo que las audiencias ante el tribunal de menores y los juicios penales eran diferentes de que no se aplicara la doble incriminación. El Tribunal de Apelaciones de EE. UU. Para el Noveno Circuito revoca. El tribunal razonó que la aplicación de la doble incriminación no impediría los tribunales de menores. El tribunal también sostuvo que permitir que se mantenga el veredicto penal destruiría la confianza en el sistema judicial.**

#### **Pregunta**

**¿Fue Gary Jones puesto en doble peligro cuando fue juzgado como adulto después de una audiencia de adjudicación en el tribunal de menores?**

#### **Conclusión**

**Sí. En una decisión unánime, el presidente del Tribunal Supremo, Warren Burger, emitió la opinión del tribunal anulando la decisión del tribunal inferior y la devolución. El**

**Tribunal Supremo unánime sostuvo que el juicio penal puso a Jones en peligro por segunda vez. El Tribunal sugirió que los tribunales de menores determinen si juzgar a un menor como adulto en una audiencia preliminar antes de que se dicte una sentencia. Esto evitaría cualquier doble riesgo y permitiría que los menores fueran juzgados como adultos cuando fuera apropiado (Steven, 1995).**

Se puede apreciar como Gary Jones, a través de su defensa legal, utilizaba los instrumentos como el Hábeas Corpus, para hacer prevalecer sus derechos para no ser sometido a la doble incriminación, el Tribunal Supremo entró en razón y por decisión unánime anulo la sentencia del Tribunal inferior, restableciendo así el derecho del imputado y al mismo tiempo la confianza en el sistema judicial de los Estados Unidos.

En virtud de la Ley 93-415 de fecha 07 de setiembre de 1974, se dictaron medidas amplias y coordinadas para enfrentar en problema de la delincuencia juvenil. La política del congreso fue, entre otros objetivos, la de facilitar los recursos, dirigencia y coordinación necesarios para desarrollar y aplicar métodos efectivos de prevención y reducción de la delincuencia juvenil, y para mejorar la calidad de la jurisdicción para menores en Estados Unidos.

- ✓ La Corte Suprema, en Estados Unidos V. Jenkins (420 U.S. 358), decidió que la garantía de la quinta enmienda de la Constitución contra el doble proceso por un mismo delito estaría violado si al gobierno se le permitiera apelar el rechazo de una acusación después de un juicio sin jurado, y buscar otro proceso con el cual el juez puede nuevamente revisar las evidencias contra el acusado. Acá un extracto de los acontecimientos.

**CERTIORARI AL TRIBUNAL DE APELACIONES DE ESTADOS UNIDOS. PARA EL SEGUNDO CIRCUITO**  
**Contenido**

**Después de que se le ordenó al demandado que se presentara para la inducción, su junta de reclutamiento local se rehusó a posponer su inducción para permitirle reclamar una**

clasificación de objetor de conciencia, y posteriormente fue acusado de negarse y no presentarse para la inducción. Después de un juicio de banquillo, el Tribunal de Distrito "desestimó" la acusación y el demandado "dado de baja", sosteniendo que, aunque, según Ehlert v. Estados Unidos, 402 US 99, la junta no estaba obligada a considerar las demandas de objetor de conciencia que surjan entre la notificación de inducción y la fecha de inducción programada, sin embargo, ya que el demandado no informó en un momento cuando Ehlert aún no había sido decidido y cuando la ley vigente del Circuito exigía que una junta local reabriera la clasificación de un registratario si su objetor de conciencia solo maduraba después de haberlo tenido. Se le notificó que debía presentarse para la inducción, el demandado tenía derecho a una postergación de la inducción hasta que la junta considerara su reclamo de objetor de conciencia, y que sería injusto aplicar Ehlert al demandado. El Tribunal de Apelaciones desestimó la apelación del Gobierno bajo 18 U.S.C. § 3731 en razón de que estaba prohibida por la Double Jeopardy Clause, concluyendo que, aunque el Tribunal de Distrito había caracterizado su acción como una desestimación de la acusación formal, el demandado había sido absuelto, dado que el Tribunal de Distrito había confiado en hechos desarrollado en el juicio y concluyó "que el estatuto no debe aplicarse a [el demandado] como cuestión de hecho" (Tribunal Supremo USA, 1975).

**Sostenido:** Aunque no está claro si el fallo del tribunal de distrito que dio de baja al demandado fue una resolución de los asuntos de hecho contra el gobierno, es suficiente para propósitos de doble riesgo y, por lo tanto, para determinar la apelabilidad bajo 18 U.S.C. § 3731, que otros procedimientos de algún tipo, dedicados a resolver cuestiones de hecho que van a los elementos de la ofensa imputada y que resulten en hallazgos suplementarios, habrían sido requeridos a la revocación y reenvío. El juicio, que podría haber dado lugar a una condena, hace tiempo que se rescindió a favor del demandado, y someterlo a cualquier (Tribunal Supremo USA, 1975).

Se puede observar nuevamente como en el caso de Gary Jones, donde se pone de manifiesto la doble incriminación, donde los tribunales de ese entonces comprendieron el doble riesgo a que la justicia americana se sometía si incriminaban doblemente a V. Jenkins, de esta manera una vez más se pone de manifiesto que el imputado no puede ser sometido a doble juicio por el mismo delito.

- ✓ Caso Quinteros: Poder Judicial expone a Uruguay a nueva condena Internacional, Un tribunal penal desoyó el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cidh) al negarse a aplicar el delito de desaparición forzada para condenar al ex canciller de la dictadura, Juan Carlos Blanco, por su responsabilidad en el crimen de la maestra y militante del PVP Elena Quinteros. La sentencia se basa en jurisprudencia de los años cincuenta y en el cuestionado informe de la Comisión para la Paz.

A pesar de que Uruguay fue condenado por la Corte Interamericana como un Estado violador de los derechos humanos, y en su sentencia obliga al Poder Judicial a tipificar la desaparición forzada, el Tribunal de Apelaciones Penal de Tercer Turno decidió, por unanimidad, no aplicar esa figura sino la de homicidio muy especialmente agravado, a fin de no "violentar" principios generales del derecho, como el de irretroactividad de la ley penal o el de la ley más benigna para el reo, según la resolución a la que accedió Brecha. Sin embargo, el párrafo 254 de la sentencia de la Corte Interamericana señala que el Estado, además de no amparar casos en la ley de caducidad, "debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito) o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada".

Además, en entrevista con Brecha (8-VII-11), el presidente de la cidh, Diego García-Sayán, afirmó –de acuerdo a la sentencia del organismo internacional– que el Poder Judicial uruguayo está obligado a aplicar el delito de desaparición forzada.

Como base para su sentencia, el Tribunal de Apelaciones escogió doctrina uruguaya aplicada hace medio siglo o más, desconociendo los avances en materia del derecho internacional de los derechos

humanos. Por ejemplo, cita los pareceres jurídicos de Alberto Ramón Real, expuestos en 1965, los de Jiménez de Azúa, que datan de 1954, y una sentencia de la sala de segundo turno de 1950. Pero en ningún momento la decisión refiere al fallo de la CIDH, que es de carácter obligatorio para los estados miembros, como Uruguay.

La fiscal Mirtha Guianze había solicitado, el 27 de agosto de 2008, que Blanco fuera condenado a 20 años de penitenciaría por "desaparición forzada". El 21 de abril de 2010, el juez Juan Carlos Fernández Lecchini sentenció al ex canciller de la dictadura aceptando la cantidad de años de cárcel pedidos por el Ministerio Público, pero decidió caratular el expediente como "homicidio muy especialmente agravado".

El 24 de febrero de 2011 se emitió el fallo de la Corte Interamericana, señalando la obligación de tipificar "desaparición forzada" en los casos como el de María Claudia García de Gelman, y así también en los de similares características, como el de Elena Quinteros. Aun así, con fecha 17 de febrero de 2012, el tribunal penal confirmó la condena de Blanco por homicidio.

El Tribunal de Apelaciones confirmó la condena a 20 años de prisión al excanciller uruguayo Juan Carlos Blanco por la desaparición y muerte en 1976 de la maestra Elena Quinteros, quien fuera secuestrada de la sede de la Embajada de Venezuela en Montevideo cuando buscaba asilo.

El párrafo 235 de la sentencia de la cidh establece que en particular las "desapariciones forzadas" constituyen "graves violaciones de derechos humanos", por lo que "es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno"

Cuando Brecha le preguntó a García-Sayán si "esto implica que el Poder Judicial debe cumplir" con la aplicación de "la figura de la desaparición forzada", el magistrado internacional respondió que las sentencias de la Corte, "que son vinculantes, obligan al conjunto de los aparatos del Estado, y eso incluye al sistema judicial".

Quinteros fue secuestrada en 1976 por las fuerzas represivas cuando intentaba asilarse en la embajada de Venezuela. Desde entonces se mantiene desaparecida; aunque lo natural sea presumir que fue asesinada, el cuerpo de la víctima no fue encontrado.

"Hoy ya no hay incertidumbre sobre el destino o la suerte de Elena Quinteros, más allá de que no se hayan encontrado sus restos, y que no fue otro que la muerte, por lo que tampoco existe adecuación típica a la conducta imputada en la figura delictiva reclamada por la Fiscalía", señala el fallo.

La pena máxima para el delito de desaparición forzada es de 25 años de penitenciaría, y en el caso del homicidio puede llegar a 30 años, por lo cual al menos es discutible el hecho de cuál sería la incriminación "más gravosa". Para el derecho internacional en materia de derechos humanos tampoco es retroactiva la aplicación de la figura creada en 2006: "La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha dicho lo que también han señalado muchos tribunales internacionales, como la Corte colombiana o la Corte de Perú: que las desapariciones forzadas son delitos permanentes y continuados, y que su prolongación en el tiempo, con posterioridad a la fecha de la creación de la figura delictiva en el derecho interno de los países, permite que se aplique la tipificación de la desaparición forzada. Ya hay sentencias firmes, personas condenadas por la justicia: por ejemplo se ha aplicado la figura en Perú, en el caso de la desaparición del estudiante (Ernesto) Castillo Páez, por la que oficiales de la policía fueron condenados a penas de más de 30

años con base en una tipificación dictada con posterioridad al inicio de la desaparición. Pero como el hecho se mantendría en el presente, se aplicó la figura", explicó García Sayán.

El tribunal, sin embargo, no cumple con tal mandato al considerar que "más allá de la no aparición hasta el presente del cadáver de la víctima, está plenamente probado que a Elena Quinteros se le dio muerte en los primeros días de noviembre de 1976 y en dependencias del Servicio de Material y Armamento. Tal conclusión deriva del material probatorio y de las reglas de la sana crítica (...)". "Si la víctima ya no está viva no puede decirse que el delito se sigue consumando porque no hay sujeto pasivo de éste y porque el autor no tiene más dominio del hecho sobre un ser humano que no existe", argumentó.

De esta manera, el órgano de alzada desconoce el fenómeno criminal –pero también social, político, cultural– que constituye una desaparición forzada. Por algo el derecho internacional se encargó de diferenciar esta situación de la del homicidio.

Como colofón de un fallo que mantiene sumergido a Uruguay en materia de respeto judicial por las convenciones internacionales de los derechos humanos –y que lo expone a una renovación de la sentencia condenatoria por parte de la cidh– el tribunal se anima a señalar, con precisión en las fechas, cuándo se mató a la joven, basándose en el cuestionado informe de la Comisión para la Paz.

Al parecer, los ministros consideran este informe como fuente fidedigna aun cuando se haya comprobado en varias oportunidades que contiene información falsa. Baste señalar que las fuentes militares todavía ocultas mintieron respecto del verdadero final del maestro Julio Castro: había sido ejecutado de un tiro en la cabeza y su cuerpo se mantenía oculto bajo la tierra de un batallón, pero los informantes nunca hablaron del disparo ni del enterramiento clandestino. Si por ellos fuera, jamás se hubiera hallado el cuerpo.

Esto permite diversas especulaciones sobre el cierto final de víctimas como Elena Quinteros. El fallo del tribunal se decidió curiosamente por cuatro votos en un mismo sentido, en vez de tres.

La ministra Bernadette Minvielle se excusó de actuar en el caso, por cuanto se conformó una terna especial. Pero con tal integración el fallo, en principio, sólo contaba con dos votos conformes –al quedar uno de los ministros en discordia–, y la ley requiere de tres en la misma postura para el dictado de sentencias definitivas. Por ello se sumó un cuarto ministro con cuyo voto se alcanzó la mayoría especial.

No obstante, "en la instancia deliberativa del común acuerdo" el miembro disorde desistió de su posición inicial y se alineó con los otros tres jueces. Así se llegó a una "decisión coincidente de todos los firmantes", lo que resulta inusual. La decisión del órgano penal de alzada terminó siendo firmada por los ministros Julio Olivera Negrín, Eduardo Borges, William Corujo y Daniel Tapié.

- ✓ CIDH, Serie C Nº 126 (caso Fermin Ramírez contra Guatemala). La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicancias, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos (Ver Anexo Nº01).



## **Acá un extracto de la sentencia**

### **INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA**

1. El 12 de septiembre de 2004 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") sometió a la Corte una demanda contra el Estado de Guatemala (en adelante "el Estado" o "Guatemala"), la cual se originó en la denuncia No. 12.403, recibida por la Secretaría de la Comisión el 9 de junio de 2000.

2. La Comisión presentó la demanda, en aplicación del artículo 61 de la Convención Americana, para que la Corte decidiera si el Estado incumplió "con sus obligaciones internacionales y por lo tanto, [...] incurrió en la violación de los artículos 4 (derecho a la vida), 8 (derecho a las garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial efectiva), 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y/o 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana [...], mediante la imposición de la pena de muerte a Fermín Ramírez sin que hubiera tenido oportunidad de ejercer su derecho de defensa, en relación tanto al cambio de los hechos imputados en la acusación como de su calificación jurídica, los cuales tuvieron lugar al momento de que las autoridades judiciales guatemaltecas profirieron en su contra sentencia condenatoria el 6 de marzo de 1998." Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que adopte varias medidas de reparaciones pecuniarias y no pecuniarias.

### **Conclusión**

Como Juez ad hoc dejó constancia que el estudio, análisis y debate de este caso, produjo sentimientos encontrados en quienes en él participamos. Tal y como consta en las actas que documentan la deliberación del presente caso, el mismo fue analizado contemplando todas las aristas posibles, reflejando la sentencia dictada, la preocupación unánime de la Corte porque el Estado de Guatemala respete en forma integral hasta el mínimo detalle los derechos humanos de sus habitantes, en el entendido que no por ello debe dejar de garantizar la seguridad pública de los mismos, siendo ese el más grande de los retos a superarse en un Estado de Derecho. Como Juez ad hoc hago votos porque el Estado de Guatemala nunca más se sienta en el banquillo de los acusados de esta Corte por implementar políticas institucionales de acoso, persecución o violación sistemática de los derechos humanos de sus habitantes y que este tipo de casos, en donde las violaciones ocurridas son producto, no de la intencionalidad sino de la imperfecta observancia hasta el mínimo detalle de las formalidades procesales establecidas, se reduzcan a su mínima expresión como producto de la diligencia, eficiencia y eficacia de sujetos procesales y operadores de justicia que corrijan de los mismos.

El considerar que esta sentencia constituye per se una forma de reparación a Fermín Ramírez, demuestra la estatura jurídica

**y visión equitativa de los Honorables Jueces permanentes que conocieron el presente caso de lo cual como Juez ad hoc me congratulo.**

- ✓ CIDH según (Gutiérrez, 1994), A veinte años del crimen del subcomisario de la Policía Bonaerense, Jorge Gutiérrez, asesinado de un balazo en la cabeza la madrugada del 29 de agosto de 1994, a bordo de un tren del Ferrocarril Roca, “la impunidad se mantiene, a pesar del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que ordenó la reapertura de la causa”, le dijo a Página/12 el abogado de la familia, Luis Valenga. “La Cámara de Casación bonaerense confirmó la elevación a juicio del caso con el viejo Código Procesal, de manera que la familia no puede actuar como particular damnificado, lo que significaría no tener la posibilidad de controlar el proceso”, explicó Valenga. Por esa razón apelaron la decisión ante la Corte Suprema de la Nación y están esperando “una resolución favorable a nuestro pedido”. En la causa hay dos imputados, señalados por testigos: el policía federal Carlos Santillán, de quien se sospecha fue autor material del hecho, y un amigo suyo, civil, Francisco “El Colorado” Mostajo.

El nombrado Santillán fue absuelto en un juicio realizado en 1996. Aunque la sentencia fue confirmada por la Corte Suprema nacional años después, la familia consideró que fue una decisión “bochornosa” y por ese motivo la viuda de Gutiérrez, Nilda del Valle Maldonado, se presentó ante la Comisión Interamericana, con el patrocinio de Valenga y del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). La CIDH ordenó una nueva investigación y un nuevo juicio, desestimando en este caso el precepto que establece que nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho.

La Corte internacional dijo en su sentencia de diciembre de 2013 que efectivamente no se puede juzgar dos veces a una persona por el mismo hecho, pero sólo cuando median el “juicio justo” y “las garantías del debido proceso”. En este caso, recién en la instancia internacional que se cerró en diciembre del año pasado, tanto el

Estado argentino como la familia coincidieron en que la causa desarrollada en sus aspectos fundamentales entre 1994 y 1998 “no fue sustanciada de conformidad con los estándares internacionales exigibles”, motivo por el cual resultaba imprescindible que se investigara de nuevo.

### **Apartado III: Admisión de su constitucionalidad y lineamientos de su aplicación**

#### **3.1. Acerca de su regulación**

Con ocasión de la regulación positiva de las instituciones de la Reincidencia y la Habitualidad, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se tiene que su admisión ha sido bastante cuestionada y poco feliz, habiéndose incluso cuestionado la Constitucionalidad de estas dos figuras, por presuntamente transgredir el Debido Proceso y atentar contra el Principio del Ne bis in ídem; por lo que mereció pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0014-2006-PI-TC, de fecha 19 de enero del 2007, en la cual el Tribunal Constitucional, estableció en el fundamento 37° de la referida sentencia, respecto de la Reincidencia, lo siguiente:

*“(...) la reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona (...).”*

Del mismo modo el fundamento 48° de la referida sentencia, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado respecto de la Habitualidad, así tenemos:

*“(...) se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos ... la habitualidad implica la reiteración de más de tres*

*delitos, en tiempos diversos e independientes unos de otros (...)*”.

Igualmente en dicha sentencia, el Tribunal efectuó un test de proporcionalidad de las instituciones de la reincidencia y habitualidad, sosteniendo que la aplicación de estas dos instituciones como circunstancias agravantes cualificadas para determinar la pena; si resultan siendo constitucionales, toda vez que habrían superado los principios de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad propiamente dicha, establecidos en el referido test.

Para superar dicho test de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional, sostuvo que la pena no solo cumple los fines previstos en el artículo 139° de la Constitución Política del Estado Peruano, esto es la reeducación, rehabilitación, reinserción del penado a la sociedad, sino que también los fines de la pena deben ser analizados en mérito a la función tutelar del Estado, que lo obliga a asumir un rol eminentemente activo, a fin de proteger los derechos fundamentales de las personas, protegiendo a la población de las amenazas contra su seguridad y promoviendo el bienestar general, brindando seguridad y paz a los ciudadanos, conforme establece el artículo 44° Constitución Política del Estado Peruano.

### **3.2. Admisión de la Constitucionalidad**

No obstante, la admisión de la Constitucionalidad de las instituciones de la reincidencia y la habitualidad, por parte del Tribunal Constitucional, se evidencia que en el análisis efectuado por los magistrados del máximo intérprete de la constitución, no se hace mención alguna a las razones político criminales adoptadas por el Estado para implementar estas figuras; omisión que se puso de manifiesto en la aplicación de estas instituciones, por parte de los operadores jurídicos, quienes con ocasión de la incorporación de estas instituciones dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico y las constantes modificaciones legislativas que han sufrido las mismas, ha conllevado a que no se cuente con parámetros claros para determinar cuándo nos encontramos frente a un delincuente que tiene la condición de reincidente y cuando frente

a uno que tiene la condición de habitual.

Por lo que, dada la falta de uniformidad de criterios para determinar dicha condición, han tenido que intervenir los propios magistrados de la Corte Suprema de la República, a través de la emisión del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-118<sup>4</sup>, de fecha 28 de julio del 2008, quienes a través de dicho acuerdo, han establecidos los parámetros correspondientes para determinar cuándo nos encontramos frente a un delincuente reincidente y cuando frente a un delincuente habitual; así tenemos que el fundamento 12° de dicho acuerdo, estableció como requisitos para la calificación de reincidencia, los siguientes:

- “1. Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad... se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad con carácter efectiva.*
- 2. Los delitos antecedente y posterior han de ser dolosos...*
- 3. No hace falta que el delito posterior sea de la misma naturaleza, se trata de una reincidencia genérica.*
- 4. El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad, es de cinco años*
- 5. Es una circunstancia personal e incommunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra”.*

Del mismo modo, en el 13° de dicho acuerdo, se estableció como presupuestos para la Habitualidad, los siguientes:

*“En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiterancia indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad”.*

## **Apartado IV: La reincidencia y la habitualidad como expresión del derecho simbólico**

### **4.1 Presión social**

Habiéndose analizado los fundamentos de la proscripción de la Reincidencia y la Habitualidad, en el Código de 1991 y su posterior incorporación a través de la Ley N° 28726, de fecha 09 de mayo del 2006; la admisión de su Constitucionalidad y los parámetros establecidos para su aplicación; sin embargo, en ninguno de estos instrumentos, se efectuó un análisis de fondo, a fin de determinar si la regulación de estas dos instituciones, constituyen o no una respuesta Política Criminológica planificada, democrática, económica y social por parte del Estado o si por el contrario no son más que una respuesta que solo busca satisfacer la presión social ante la inseguridad ciudadana; la misma que no viene a constituir otra cosa que una mera expresión del Derecho Penal Simbólico.

(Chincoya, 2016) A fin de responder a dicha disyuntiva, conviene previamente recordar que entendemos por Política Criminológica y que por Derecho Penal Simbólico, para cuyo efecto tenemos que la Política Criminológica es *entendida como un conjunto sistemático, cohesionado y consistente de decisiones de política gubernamental, basadas en análisis científico – sociales, del fenómeno criminal construidas con la participación del estado y la sociedad*; mientras que por Derecho Penal Simbólico *se hace referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido. Es decir, que se busca un instrumento para producir tranquilidad con la creación de normas destinadas a no ser aplicadas y con ello ejercer un acto de control y aseguramiento del poder político.*

### **4.2 Modificaciones en el Derecho Penal**

Siendo ello así y atendido a la definición de ambos conceptos, se advierte que hoy en día, el Derecho Penal viene sufriendo una serie cambios, que vienen modificando su propia esencia, la misma que se manifiesta en las corrientes expansionistas del Derecho Penal, tales como el Derecho Penal del Enemigo

o también conocido como Derecho Penal de Tercera Velocidad, a través de los cuales se permite el adelantamiento de la punibilidad; el incremento excesivo de penas privativas de libertad efectivas y flexibilización las reglas de imputación y los principios clásicos del Derecho Penal; los cuales no hacen sino evidenciar la transformación que viene sufriendo el Derecho Penal, el mismo que viene dejando de ser un Derecho de última ratio a uno de primera ratio.

Bajo esa perspectiva, se evidencia que las instituciones de la Reincidencia y Habitualidad no son más que una expresión de esta ola expansionista del Derecho Penal, toda vez que su implementación no está basada en ningún estudio científico, social o económico que lo respalde; es más ni siquiera se ha considerado las estadísticas de la población penitenciaria que tiene la condición de reincidente o habitual, toda vez que si revisamos el informe estadístico del INPE del mes de enero del 2016, observamos que solo un 21% de la población penitenciaria tiene la condición de re ingresantes (Jakobs, 2016); del mismo modo, tampoco se evidencia que se haya efectuado un estudio económico a fin de determinar cuánto le cuesta al Estado Peruano, mantener a un interno en el Penal, peor aun tratándose de delincuentes Reincidentes o Habituales, en cuyos casos las penas se incrementan considerablemente.

Sino que por el contrario, la implementación de la reincidencia y la habitualidad y las constantes modificatorias normativas de las que son objeto estas instituciones, no hacen sino demostrar que las mismas han sido reguladas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como una expresión más del Derecho Simbólico, la misma que no busca combatir el incremento de la criminalidad, sino solo reprimir con mayor severidad dichas conductas.

## **Apartado V: Legislación comparada**

### **5.1 Ecuador**

**La presente información ha sido tomada de la investigación de García (2017)**

#### **BASE CONSTITUCIONAL**

Tenemos lo siguiente:

a) El Art. 11 No. 2 de la Constitución de la República vigente, en su parte pertinente dispone todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de pasado judicial. La ley sancionará toda forma de discriminación.

b) El Art. 66 No. 5, que dispone El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

c) El Art. 76 No. 2 que señala Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada;

d) Art. 76 No. 7 letra i) que dice Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

e) El Art. 82, que señala El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes

f) El Art. 195 en su parte pertinente manifiesta. Durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal

g) Los Arts. 424 y 425 que establecen la jerarquía de la Constitución y del orden jerárquico de leyes;

h) El Art. 426 sobre la aplicabilidad y cumplimiento inmediato de la Constitución;

i) El Art. 427 sobre la interpretación de las normas constitucionales.



j) La disposición derogatoria que señala expresamente ?Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998 y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.

## **INTRODUCCIÓN**

El instituto de la reincidencia como vamos a analizar en este artículo, es uno de los temas más discutidos dentro del derecho penal, pues hay argumentos a favor y en contra; esto es en relación a la potestad del Estado, para aplicar su ius puniendi en el caso de aquellas personas que han cometido un nuevo delito habiendo sido condenados con anterioridad. (García, 2017)

De tal modo que dentro de la doctrina existen diferentes opiniones que se han vertido sobre el tema de la reincidencia en materia penal, y más específicamente sobre el mantenimiento como agravante de la pena; pues parte de la doctrina se inclina a favor de la desaparición de la reincidencia como agravante y una mínima parte señala que se la debe mantener en la legislación penal. (García, 2017)

Debo señalar que actualmente se está socializando el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, presentado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en el que no aparece como agravante la reincidencia, o sea está a punto de desaparecer esta institución de nuestro ordenamiento jurídico. (García, 2017)

Hay que recordar que la vida en la sociedad actual requiere de armonía y seguridad jurídica para una coexistencia pacífica de todos quienes vivimos en el Ecuador, por eso es fundamental que el Asambleísta Nacional al momento de la redacción final del Código Orgánico Integral Penal, tenga en cuenta los derechos y garantías que señala el Estado constitucional de derechos y justicia en el Art. 1 de la Constitución de la República vigente, por lo que deberá hacer un estudio sobre las fuentes del derecho, que son los medios con los cuales se establece la norma jurídica y por medio de ella el derecho alcanza su existencia objetiva y concreta; más aún al

analizar el nuevo Código Orgánico Integral Penal, también deberá tener en cuenta la Filosofía del Derecho, que comprende las fuentes de todo el proceso de gestación del derecho, hasta que se concrete en una norma determinada; por eso hoy el Asambleísta Nacional tiene que analizar todas las circunstancias sociales que conciernen a la elaboración de dicho cuerpo de leyes tan importante para la convivencia pacífica de nuestro país, y específicamente en el caso de la reincidencia. (García, 2017)

De lo anotado se desprende que esta especie de agravamiento en el tratamiento penológico del delincuente no es tan sencillo, de tal modo que el nuevo Código Orgánico Integral Penal debe estructurarse sobre la base dogmática de nuestro legislador, quien insisto tendrá en cuenta las bases constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del ordenamiento jurídico de nuestro país, al momento de la redacción final de dicho Código, pues recalco que la reincidencia desempeña un rol más que de precepto de concepto acerca de la personalidad del reo, conforme manifiesto en líneas posteriores. (García, 2017)

## **RESEÑA HISTÓRICA**

El maestro Ferrajoli señala que tiene un origen antiguo, pues en el libro de la Biblia denominado el Levítico, ya existía la reincidencia como agravante. El derecho histórico español reconoce la reincidencia como circunstancia agravante genérica, pero solo se la consideraba en determinados delitos, principalmente en los patrimoniales; y el Código Penal de 1822 introduce la reincidencia en España como circunstancia general de agravación. (García, 2017)

El autor Martínez de Zamora señala que "En Roma se tenía en cuenta la reincidencia específica y que la genérica era en determinados casos un criterio de agravación atribuido al arbitrio del juez?; añade: "No habría un principio general sobre la reincidencia como circunstancia agravante y como una forma fija de agravación?.

Recordemos que en nuestro Código Penal data de 1938, es una copia del Código belga de 1937, el mismo que a su vez es copia del Código Napoleónico de 1804, por lo que la parte general de nuestro Código Penal como he manifestado reiteradamente es anticuada, arcaica, por lo que amerita su cambio total, y en él se trata a la reincidencia como agravante de la pena, lo cual podría contrariar normas constitucionales vigentes.

### **¿QUÉ ES REINCIDENCIA?**

En términos generales significa recaída; en el Derecho Penal, quien después de haber sido condenado por un delito, comete otro. La doctrina señala que hay reincidencia, cuando al delinquir, el culpable hubiese sido condenado ejecutoriadamente por un delito de la misma naturaleza, pero también se señala que hay reincidencia si la condena ejecutoriada anterior lo fuera por otro delito al que la ley señala de igual o menor pena o por dos o más a los que aquella señale pena menor. (García, 2017)

El Dr. Aníbal Guzmán Lara en su obra Diccionario Explicativo del Derecho Penal Ecuatoriano señala "Reincidir significa volver a cometer un hecho prohibido. En el campo penal quiere decir recaer o insistir en la conducta delictiva o quebrantamiento de la norma penal. (García, 2017)

El Diccionario Eclesiástico dice que la reincidencia es "La repetición de un mismo delito que supone mayor perversidad y malicia en el delincuente que la simple comisión por una sola vez, por esta razón el Derecho Canónico sanciona con más severidad y rigor al reo que reiteradamente comete un delito, apreciando en cada caso el aumento de la pena, teniendo en cuenta las circunstancias personales del sujeto, el tiempo, lugar y la naturaleza del crimen perpetrado. Por estas consideraciones la Iglesia Católica señala que en la confesión y en el perdón hay que tener en cuenta los malos instintos, la fuerza de voluntad y el propósito de enmienda del confesante, solo así se llega a absolver de sus pecados, considerando que la confesión no es un juicio sino una medicina para la redención de las almas.

## ¿QUIÉN ES REINCIDENTE?

Es la persona que ha reincidido en hacer algo impropio o ilícito.

## CLASES DE REINCIDENTES

La doctrina señala las siguientes:

1. Reincidentes simples.
2. Reincidentes habituales que no presentan una grave perturbación de la personalidad.
3. Reincidentes habituales que presentan una grave perturbación de la personalidad.
4. Reincidentes habituales peligrosos de criminalidad grave.

## CLASES DE REINCIDENCIA

Por regla general, hay la genérica y la específica.

**La reincidencia genérica**, tiene en cuenta la insistencia del delincuente en su voluntad de violar la ley sin fijarse si las sanciones que se hayan impuesto por ello, lo sean por tal o cual delito.

**La reincidencia específica**, toma en cuenta la naturaleza del ilícito; o sea considera la pena por idéntico o similar delito, por la cual ya fue condenado; en este caso la doctrina considera que la tendencia criminal es idéntica, por esta razón hay que diferenciar entre delitos dolosos y culposos, entre delitos y contravenciones.

En resumen la **reincidencia específica** que también se llama **propia**, señala que hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable hubiere sido condenado por un delito semejante. Mientras que hay **reincidencia genérica** cuando se ha vuelto a cometer cualquier otro delito.

El Código Penal español contempla solo la reincidencia específica, pues se considera que una persona es reincidente cuando al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo Título de dicho Código, siempre que sea de la misma naturaleza; aclarando que a efectos de este número no se computan los antecedentes penales carcelarios o que debieran serlo, así lo señala el Art. 22 número 8 del Código Penal español.

También la doctrina señala como clases de reincidencia la ficta y la real o verdadera.

Igualmente la doctrina señala las siguientes formas de reincidencia:

- a) **La simple**, en la cual es suficiente el hecho de haber cometido un delito después de haber sufrido condena por otro;
- b) **La agravada**, que surge cuando el mismo delito es de la misma índole; cuando el delito ha sido cometido antes que prescriba la pena del anterior, y cuando el nuevo delito ha sido cometido durante o después de la ejecución de la pena o durante el tiempo en que el condenado se sustrae voluntariamente a la ejecución de la pena; y,
- c) **La reiterada**, esto es cuando el nuevo delito se comete por quien ya es reincidente. (García, 2017)

## **FUNDAMENTO DE LA REINICIENCIA**

Los autores que están a favor de la reincidencia, entre ellos Mir Cerezo, Romeo Casabona, Manzanares Samaniego y otros, señalan cuatro fundamentos, que en resumen son:

- 1. Fundamento de la culpabilidad;
- 2. Fundamento en la mayor peligrosidad;
- 3. Fundamento en la insuficiente toma en consideración y, en este sentido, mayor desprecio cualificado como rebeldía frente a los bienes jurídicos, ya que supone una mayor gravedad de lo injusto; y,
- 4. Fundamento en necesidades de prevención especial o general.

En resumen, en unos casos se fundamenta en la mayor peligrosidad, mientras que en otros casos se los hace en una mayor culpabilidad, pero en todo caso se considera que la reincidencia supone generalmente una mayor gravedad de la culpabilidad porque la culpabilidad suele ser mayor.

También la doctrina señala, que el reproche puede fundarse en que el sujeto tuvo la posibilidad de motivarse en ellas, no cometiendo un nuevo delito y no obstante lo volvió a hacer. (García, 2017)

Serrano Gómez en su obra señala que la jurisprudencia para justificar la reincidencia se fundamenta en los siguientes parámetros: mayor

peligrosidad, mayor culpabilidad, mayor culpabilidad y mayor peligrosidad, mayor perversidad, y suficiencia de la pena anterior, habitualidad, hábito criminoso, consideración criminológica, social, peligrosidad, hábito criminógeno y no recuperabilidad social. (García, 2017)

### **REQUISITOS PARA LA REINCIDENCIA**

Debe haber sentencia condenatoria ejecutoriada, pero independiente de si se cumplió o no la pena; debiendo señalar que no se toma en cuenta para la reincidencia los delitos militares y políticos, ni los amnistiados, pero sí los que hubiera sido motivo de indulto o conmutación; más aún no existe la reincidencia en el caso de los menores infractores. (García, 2017)

### **¿POR QUÉ SE CASTIGA LA REINCIDENCIA?**

La doctrina señala que se castiga la reincidencia por la inclinación de una persona a cometer nuevos delitos. (García, 2017)

### **REINCIDENCIA INTERNACIONAL**

Como consta en líneas anteriores, el Art. 79 del Código Penal vigente trata sobre las consideraciones de sentencias extranjeras para la reincidencia.

Al respecto la doctrina española señala ?A efectos de reincidencia se equiparan a las sentencias de los jueces o tribunales españoles, las impuestas por los extranjeros por delitos de la misma naturaleza, comprendidos en el mismo capítulo de este Código en los casos de falsificación de moneda y efectos timbrados, delitos contra la salud pública y cualesquiera otros en que así se establezcan en virtud de tratados internacionales ratificados por España; aclarando que nuestro Código Penal en el artículo mencionado no hace esta distinción de delitos de la misma naturaleza. (García, 2017)

### **REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD**

La doctrina señala que existe confusión entre reincidencia y habitualidad; es así como Martínez de Zamora manifiesta Reincidencia y habitualidad son conceptos distintos derivados de puntos de vista diversos, que

satisfacen exigencias diferentes: retributiva la una, preventiva la otra; de tal manera que confundir la habitualidad y reincidencia, la doctrina dice: es confundir la inclinación al delito, tendencia al mismo, lo cual es un error, que causaría grave perjuicio, porque el derecho penal represivo debe sancionar únicamente el acto en que esta situación se sustancia. (García, 2017)

Hay que recordar que en nuestro Código Penal existía el hurto asimilado, o sea el que sancionaba la habitualidad, pues la doctrina consideraba que se fundamenta en la ley biológica por la que un acto correlativamente a su repetición requiere menor esfuerzo para ser realizado, llegando así a ejecutarse más fácilmente y con un desenvolvimiento más rápido; o sea que es más fácil la ejecución de hechos semejantes, por la condición personal del individuo que con su preexistente actividad delictiva demuestra haber adquirido una notable actitud para cometer delitos y por tal esta persona es peligrosa.

En las aulas de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, los estudiantes, han planteado la interrogante de si la reincidencia es o no constitucional en nuestro país, a raíz de la Constitución de la República publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008; y este es el tema que trataré en un próximo artículo. (García, 2017)

Transcribo una nota de prensa publicada en uno de los diarios del país el 17 de febrero de 2012, que dice que el Supremo Tribunal Federal del Brasil, aprobó anoche la constitucionalidad de la llamada **“Ley de Ficha Limpia”**, que impide que los políticos sometidos a proceso judicial sean candidatos a cargos de elección popular; y esto es fundamental para el análisis que voy a realizar juntamente con mis compañeros estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia del alma mater, de si la reincidencia es o no constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. (García, 2017)

## 5.2. Argentina

### Introducción

Hablar de problemática, es referirse a cuestiones no dilucionadas o bien controvertidas, tanto en el ámbito de la doctrina como de la jurisprudencia. Por ello, la presente ponencia tiene como fin presentar la misma y adentrarnos en las posiciones que validan o la invalidan, ya que tal instituto será posiblemente tratado en la próxima reforma integral del Código Penal Argentino. (Grassi I. , 2017)

La importancia del instituto de la reincidencia radica, que el mismo es transversal a todo el proceso penal, es decir tiene incidencia desde momentos muy tempranos del ejercicio del poder punitivo, como ser al momento que una persona es sindicada penalmente y solicita el beneficio de eximición de prisión o al estar detenida, peticionando su excarcelación, puesto que una de las causales denegatorias de la ley de rito provincial (art. 375 del C.P.P), es presentar la calidad de reincidente hasta el momento de graduar una pena a establecer o denegar un beneficio en el proceso de ejecución de una pena. (Grassi I. , 2017)

El presente trabajo no tiene por fin, analizar todos los puntos de conexión de la reincidencia en el proceso penal, sino tan solo esbozar sintéticamente los debates sobre la naturaleza jurídica y las posiciones imperantes en torno al presente instituto. (Grassi I. , 2017)

Como definición podríamos decir que la reincidencia es una forma de la reiteración del delito, es decir que la reiteración es el género y la reincidencia la especie. Es reincidente el reiterante que "comete un nuevo delito después de una sentencia definitiva". (Grassi I. , 2017)

En Argentina, Según nuestra normativa, existen y se exigen condiciones para su aplicabilidad:

- 1) el dictado de una condena a pena privativa de libertad;
- 2) la existencia de una condena anterior por un delito, sin que haya transcurrido el plazo del art. 51 del Código Penal;
- 3) que esa condena anterior haya impuesto pena privativa de libertad;



4) que la pena impuesta en esa condena anterior haya sido efectivamente cumplida como tal, aunque sea en una parte que pueda ser considerada, legalmente, suficiente para contramotivar al condenado y cumplir los proclamados fines de “reintegración social” (conf. arts. 50 y 13 del Código Penal –la citada en último término es la única disposición legal referida al tema);

5) que dicha pena anterior no haya sido cumplida por “delitos políticos”, por delitos previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, por delitos amnistiados o cuando ellos fueron cometidos cuando el autor era menor de dieciocho años;

6) que entre el cumplimiento de la pena anterior y el momento en el que se considera la posible “reincidencia” no se hubiera cumplido el plazo de “prescripción de la reincidencia” (previsto en el art. 50 último párrafo del Código Penal). (Grassi I. , 2017)

### **Clases de reincidencia**

Se distingue, en primer lugar, una *reincidencia genérica* y una *reincidencia específica*. Se habla de reincidencia genérica cuando el nuevo delito es de diferente naturaleza a aquel o aquellos por los que el sujeto fue condenado anteriormente; por ejemplo, si fue condenado por Robo Agravado por Efracción y comete posteriormente un Homicidio Culposo. (Grassi I. , 2017)

En cambio, es reincidencia específica, cuando el nuevo delito cometido es idéntico o análogo a aquel por el cual el sujeto fue condenado anteriormente.

La ley argentina agrava la pena para el reincidente en cuanto impide la libertad condicional, pero también destina a los multirreincidentes la pena de relegación llamada *accesoria de reclusión por tiempo indeterminado* '20 en dos hipótesis: cuando el condenado registre cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de tres años, y cuando existieren cinco condenas a penas privativas de libertad iguales o menores a aquel máximo (art. 52). Se adopta el sistema de la *reincidencia real*, en oposición al de *reincidencia ficta* (que no requiere cumplimiento efectivo de pena), y

el de *reincidencia genérica* frente a la *específica* (que requiere identidad o similitud entre los delitos), y ello con la previsión de que la suspensión de la pena accesoria puede ser acordada por única vez (último párrafo del art. 52). Todas estas disposiciones son inconstitucionales: (a) por violar el mínimo de racionalidad al imponer una pena que excede el marco de la culpabilidad por el acto; (b) por afectar la prohibición de doble desvaloración; (c) por lesionar el principio de prohibición de doble punición; (d) y, en el caso del art. 52, por imponer una pena que no guarda absolutamente ninguna proporción con el delito cometido. (Grassi I. , 2017)

### **Fundamentos del agravante**

Los fundamentos que se han esgrimido para justificar la agravación de pena por “reincidencia” no han resultado coincidentes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. (Grassi I. , 2017)

Para una mejor comprensión solo analizaré los más relevantes y siempre de una manera limitada al fin del presente trabajo. (Grassi I. , 2017)

Basados en la teoría de la pena, expresan que su fundamento consiste en la insuficiencia preventivo-especial de la pena anterior, que demostraría la necesidad de recurrir a una pena más severa para reforzar aquella incapacidad punitiva. (Grassi I. , 2017)

La “reincidencia” evidenciaría una voluntad más firme de delinquir de quien, pese a haber sido sometido a un tratamiento “resocializador”, vuelve a cometer un ilícito culpable. Además de las objeciones constitucionales a que tal fundamento da lugar, es dable reconocer que tal pretensión legitimadora no resulta justificada tampoco desde la mira político-criminal en la que se inspira, pues tal razonamiento parte de un equívoco manifiesto, consistente en la afirmación de la capacidad preventivo-especial de la pena carcelaria. Ello es así porque, precisamente, la comisión de un delito luego del tratamiento “reintegrador” efectivamente implementado, muestra que aquel “remedio punitivo” no cumplió el meramente proclamado fin de reinserción social invocado por buena parte del discurso penal. (Grassi I. , 2017)

Existen otras explicaciones que buscan legitimar el aumento de la severidad punitiva por “reincidencia” (como son, a grandes rasgos, la supuesta “mayor ilicitud” del delito del “reincidente”, la pretendida mayor culpabilidad del “reincidente” - tanto en sentido normativo como psicológico- o la mayor “peligrosidad” del “reincidente”). (Grassi I. , 2017)

### **Precisión de conceptos:**

*Habitualidad:* Delincuente habitual es aquel en el que por la comisión reiterada de hechos delictivos se ha creado un hábito de delinquir. Se trata de un concepto criminológico que no hay que confundir con el de reincidente, que es jurídico, ya que para la habitualidad no se precisa condena alguna, sino basta la repetición de actos ilícitos. El delincuente habitual puede ser reincidente pero no todo reincidente es un delincuente habitual.- (Grassi I. , 2017)

*Tendencia:* El concepto de tendencia o predisposición a delinquir es más amplio. En él entra el hábito y la profesión, pero no es preciso llegar a esto para que se pueda ya reconocer la inclinación al delito. La predisposición puede declararse con un solo delito y aun antes del mismo. Y así como en la criminalidad habitual influye primeramente el ambiente, los inclinados a delinquir pueden serlo por disposición con-genita.

*Multireincidencia:* Sujeto que ya ha sido condenado y declarado reincidente en oportunidades anteriores y vuelve a ser condenado. (Grassi I. , 2017)

A éste tópico, resultó aclarado en el precedente “Gramajo”, fallo por el cual la Corte Suprema de la Nación en 2006, declaró inconstitucional el art. 52 del Código Penal, habida cuenta que el mismo establece la reclusión por tiempo indeterminado. En dicho fallo entre otras cosa, se expreso que “...dentro de nuestro régimen constitucional sólo es posible que el Estado restrinja a título de “pena” los derechos de un ciudadano (y en particular su libertad), cuando esa injerencia se produce como reacción a un hecho cometido con culpabilidad. Dicho principio, que esta Corte ha derivado del art. 18 de la Constitución Nacional, supone como requisito ineludible para la aplicación de una sanción la preexistencia de una acción ilícita que pueda ser atribuida al procesado tanto objetiva como subjetivamente, y ello supone la posibilidad real y efectiva de ajustar la conducta individual a los

*mandatos de las normas jurídicas... que asimismo, y como correlato del principio de reserva, “no es conciliable con los principios básicos de nuestra Constitución establecer un sistema represivo que formule tipos penales que no estén fundados en la descripción de conductas punibles, sino en características personales...”.- (Grassi I. , 2017)*

### **5.3. España**

1. Reincidencia y multirreincidencia Frente a la reiteración de conductas que son constitutivas de delito, el legislador responde con la agravación de la pena a través de dos circunstancias: la reincidencia, prevista en el artículo 22.8 del Código Penal; y la multirreincidencia o reincidencia cualificada, cuyo efecto agravatorio se establece en el artículo 66.1, regla 5ª, del citado cuerpo legal.

1.1. Concepto y efectos La reincidencia se diferencia de la reiteración delictiva, se trata de un concepto jurídico regulado en el artículo 22.8 como circunstancia agravante, cuya apreciación exige la concurrencia de unos requisitos establecidos en la ley:

a) La existencia de una condena anterior, impuesta por sentencia firme. No es necesario, sin embargo, el previo cumplimiento de esta condena. El Código Penal recoge así la denominada “reincidencia impropia” que sólo exige la existencia de una sentencia firme, frente al criterio de la “reincidencia propia” que supone el cumplimiento de la pena.

b) Que las dos infracciones —la que da lugar a la agravación y a la que se aplica la circunstancia— sean constitutivas de delito. Las condenas por faltas no dan lugar a reincidencia, ni tampoco es posible aplicar la agravante a las faltas.

c) Que los dos delitos estén comprendidos en el mismo Título del Código Penal y sean de la misma naturaleza. Se recoge la “reincidencia específica” que es aquella que se produce entre delitos de la misma especie, prescindiendo de la “reincidencia genérica” que se aprecia entre delitos de distinta naturaleza.

d) Y, por último, que los antecedentes penales no estén formalmente cancelados o debieran estarlo, por concurrir las condiciones y requisitos para su cancelación, establecidos en el artículo 136 del Código Penal. Como variante de la reincidencia, el artículo 66.1.5ª recoge la reincidencia cualificada que exige previa condena, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo Título del Código, siempre que estos sean de la misma naturaleza. Ambas circunstancias tienen como efecto la agravación de la pena.

En el caso de la reincidencia —si no concurren otras circunstancias atenuantes o agravantes—, el efecto es la imposición de la pena en su mitad superior, conforme a las reglas generales de determinación de la pena.

En el caso de la multirreincidencia, el efecto agravatorio es mayor: facultativamente, el juez puede imponer la pena superior en grado. Por otro lado, los efectos de la reincidencia son mucho más amplios que los de cualquier otra circunstancia agravante: impide la suspensión condicional de la condena, determina la revocación de la libertad condicional, excluye la posibilidad de indulto; y es una de las circunstancias a tomar en cuenta para dictar prisión preventiva. En definitiva, frente a la reincidencia el ordenamiento responde con el incremento de la pena y con la exclusión de mecanismos orientados hacia la reinserción social del condenado.

## **1.2. Legitimidad de la reincidencia y la multirreincidencia**

El principal problema que suscitan la reincidencia y la multirreincidencia es determinar el fundamento que justifica la agravación, cuestionándose su legitimidad, e, incluso, su compatibilidad con exigencias constitucionales.

A) La cuestión sobre el fundamento que legitima la reincidencia. Discusión doctrinal La pregunta que plantean estas circunstancias es por qué un hecho anterior —la existencia de una o varias condenas previas—

determina un plus de gravedad respecto a un hecho que se produce con posterioridad y permite justificar el incremento de la pena de este último.

El resto de las circunstancias agravantes contemplan situaciones que concurren en el delito al que se aplican. La reincidencia y la multirreincidencia toman en cuenta hechos anteriores que, además, ya han recibido la correspondiente sanción penal. Sobre esta cuestión existen importantes divergencias doctrinales que oscilan entre la postura de quienes entienden que las referidas circunstancias incrementan la gravedad del hecho al que se aplican, y la posición doctrinal que recurre a su fundamentación desde los fines de la pena, argumentando desde las necesidades de prevención general y especial que plantean estos casos. Es imposible reproducir siquiera de forma resumida la discusión planteada en la doctrina española en torno a este tema; pero, en apretada síntesis las principales opciones doctrinales se pueden resumir del modo siguiente:

a) Cierta sector de doctrina, afirma que la reincidencia supone una mayor gravedad del hecho, porque revela una mayor culpabilidad: el reincidente actúa con un conocimiento seguro de la antijuridicidad de su comportamiento e, incluso, de la punibilidad. Además, actúa pese a la advertencia que supone la condena anterior y pese al tratamiento resocializador recibido, lo que, normalmente, supone una mayor capacidad para autodeterminarse.

También se ha señalado que la reincidencia supone una mayor culpabilidad por la especial disposición de ánimo que muestra el autor, cuyo comportamiento expresa un especial desprecio hacia los bienes jurídicos, al cometer un nuevo delito pese a la advertencia que supone la primera condena. No obstante, esta posición que fundamenta la reincidencia en la mayor culpabilidad del autor no está exenta de problemas. Frente a ella, se argumenta que agravar la pena en virtud de la reincidencia supone infringir el principio de responsabilidad por el hecho o “acto aislado”, fundamentando el juicio de culpabilidad en el “estado del autor” o, lo que es lo mismo, en su carácter.

Y también se ha afirmado que frente a la presunción de que el reincidente tiene mayor capacidad para autodeterminarse, resulta más plausible la presunción contraria<sup>10</sup>. Si la reincidencia indica cierta “tendencia a delinquir”. Si, además, se tiene en cuenta el efecto criminógeno que puede surtir la pena. Y, si, por último, se tiene en cuenta que, en ciertos casos, la reincidencia puede indicar una menor sensibilidad para captar la advertencia que supone la condena, lo que habría que concluir es que el reincidente tiene una menor capacidad de inhibición frente al delito —le resulta más difícil la obediencia a la norma— y, por ello, actúa con una menor culpabilidad. En este sentido, Quintero Olivares señala que la reincidencia demuestra, ante todo, el fracaso de las funciones asignadas al Derecho Penal —prevención especial y resocialización— e indica que, posiblemente, las condiciones de marginación y desocialización del autor se han incrementado.

Esta última objeción ha sido recogida por los propios defensores de la idea de una mayor culpabilidad en el reincidente, quienes matizan su posición, reconociendo que, en ciertos casos de reincidencia, puede existir una menor capacidad del sujeto para autodeterminarse, bien por su personalidad, o por no haber recibido un tratamiento resocializador adecuado. Y también se reconoce que el reincidente no tiene por qué mostrar siempre una especial rebeldía hacia el Derecho<sup>14</sup>. Por ello, la postura que fundamenta la reincidencia en la mayor culpabilidad termina concluyendo que, de legeferenda, resultaría preferible atribuir a esta circunstancia un carácter meramente facultativo; y, de lege lata, realizar una interpretación teleológica y restrictiva de esta circunstancia en el sentido de apreciarla únicamente cuando, de acuerdo con su fundamento, pusiera de manifiesto una mayor culpabilidad del autor<sup>15</sup>. Propuesta que, a mi juicio, no se compadece con el carácter de circunstancia de apreciación obligatoria que parece deducirse de su actual regulación legal.

b) Otro sector de doctrina, representado por Mir Puig<sup>16</sup>, considera que la reincidencia incrementa la antijuridicidad del hecho al que se aplica: la

repetición del delito indica un mayor desprecio hacia los bienes jurídicos y una mayor rebeldía del sujeto que, pese a la advertencia de la condena anterior, insiste en la infracción de las normas. No obstante, el citado autor sostiene que, si bien éste es el fundamento que subyace a la regulación de la reincidencia en el Derecho positivo español, ello no justifica ni legitima la existencia de la agravante<sup>18</sup>. Según Mir Puig, la actitud de desprecio hacia los bienes jurídicos o la rebeldía frente a la norma no afectan al grado o la forma de lesión al bien jurídico y, por ello, no pueden justificar un incremento de pena en el contexto de un Derecho Penal respetuoso con el fuero interno y orientado a la protección de los bienes jurídicos, conforme a las exigencias constitucionales. Lo que conduce a la conclusión de que la agravación en virtud de la reincidencia “no es constitucionalmente conveniente” y que tal circunstancia debería suprimirse; o, al menos, hacerse facultativa, abordando el problema de la reiteración delictiva no desde medidas de carácter punitivo, sino, en todo caso, a través de las medidas de seguridad.

c) También se ha intentado fundamentar la reincidencia en la insuficiencia de la pena impuesta. Desde esta perspectiva, se entiende que si la experiencia de la pena no ha servido para evitar la comisión de un nuevo delito, razones de prevención especial aconsejan incrementar la dosis de pena para que ésta resulte eficaz. Es la teoría de la insuficiencia relativa de la pena de Carrara que, a juicio de Mir Puig, tiene su último fundamento en la idea de que el reincidente, por sus cualidades personales, tiene una especial insensibilidad hacia la pena ordinaria, lo que determina la necesidad de una pena agravada.

Frente a esta posición cabe mantener que si la pena ha resultado ineficaz no resulta razonable insistir en el mismo tipo de respuesta, pero incrementada<sup>23</sup>. En esta línea, Zugaldía Espinar<sup>24</sup> ha señalado que la pena pierde su justificación cuando se demuestra inútil para el fin que se le asigna: incrementar la pena del reincidente ante el fracaso de la pena



anterior puede infringir, a juicio del citado autor, la prohibición de penas inhumanas o degradantes contenida en el artículo 15 de la CE.

A mi juicio, la reincidencia indica un evidente fracaso del objetivo resocializador de la pena. Por ello, no es coherente, desde la perspectiva de la finalidad de reinserción y resocialización de las penas asignada en el artículo 25.2 de la CE, recurrir a la respuesta punitiva, pero incrementada. O, al menos no resulta coherente hacerlo en los mismos términos en los que se ejecutó la primera pena, sin establecer al mismo tiempo previsiones que garanticen que esta segunda condena sí va a cumplir su finalidad resocializadora. Si se incrementa la responsabilidad del culpable, también habría que asumir cierta responsabilidad social por el fracaso de la condena anterior e incrementar el esfuerzo resocializador con nuevas medidas tendentes a garantizar que esa segunda pena incrementada va a conseguir la reinserción social del condenado.

Por último, cabe señalar que no es éste el fundamento de la reincidencia que cabe deducir de su regulación en el Derecho positivo español. El Código Penal no exige el cumplimiento de la condena para la aplicación de la circunstancia; ni, por ello, permite justificar la agravación en el fracaso de la pena impuesta, que puede no haberse cumplido

d) La gran mayoría de los autores consideran que el fundamento de la reincidencia radica en la mayor peligrosidad del reo. La reiteración del delito indica una inclinación o tendencia a delinquir y, en consecuencia, una mayor probabilidad en la comisión de futuros delitos<sup>25</sup>. La circunstancia ya no se justifica por la mayor gravedad del hecho, en razón de un mayor injusto o una mayor culpabilidad, sino en consideraciones de prevención especial derivadas de la peligrosidad del autor.

Como variante de esta posición, se puede señalar la de aquellos autores que consideran que la reincidencia supone “la antesala de la habitualidad”,

en el sentido de que muestra que el sujeto se ha iniciado en el hábito de delinquir<sup>26</sup>. Y también la postura que conecta la especial peligrosidad del reincidente, derivada de su tendencia a delinquir, con “la alarma social” que se produce al comprobar que la inclinación al delito es más fuerte que el efecto intimidatorio de la pena.

No obstante, los partidarios de esta interpretación se muestran sumamente críticos con el mantenimiento de la circunstancia desde estos presupuestos. Como señala Rodríguez Mourullo<sup>28</sup>, la circunstancia implica una presunción sobre la existencia de un tipo de personalidad criminal derivada de la existencia de condenas anteriores. Presunción de peligrosidad criminal que no tiene por qué cumplirse en el caso concreto y que, además, se establece con carácter iuris et de iure, puesto que se trata de una circunstancia de aplicación obligatoria, lo que impide al órgano jurisdiccional valorar si en el caso concreto existe efectivamente un pronóstico de peligrosidad criminal hacia el futuro.

Ofrecer un fundamento jurídico adecuado para la agravación de la pena. La pena, simple o agravada, sólo puede tener su fundamento en la gravedad del hecho y debe ser proporcional a esa gravedad<sup>30</sup>. Frente a la peligrosidad del autor, la respuesta adecuada no es la pena, sino las medidas de seguridad. Por ello, desde esta línea doctrinal lo que se propone es prescindir de la agravante de reincidencia y recurrir a ese tipo de consecuencias jurídicas.

e) Por último, se ha señalado que la agravante de reincidencia puede encontrar su explicación, ya que no su fundamento legítimo, en razones de política criminal. Quintero Olivares alude a “la alarma social” que provoca la reiteración en el delito, señalando que ninguna sociedad está en condiciones de aceptar la irrelevancia de la circunstancia, “aun a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad”. Todo ello, para terminar concluyendo

que “el valor simbólico-social de la agravación de la pena por reincidencia pasa, pues, por encima de cualquier otra consideración”.

Ninguna de las razones aducidas termina de resultar convincente para justificar el incremento de pena que supone la reincidencia. Frente a la idea de mayor culpabilidad, se argumenta que el reincidente puede tener una menor capacidad para autodeterminarse conforme a la norma y que la condena anterior puede haber actuado como factor de desocialización, incrementando las variables es que condicionaron la comisión de la primera infracción<sup>34</sup>. Respecto a la idea de mayor desprecio y mayor rebeldía, sus propios partidarios sostienen que un rasgo de carácter o la personalidad del delincuente no pueden justificar un incremento de pena sin incurrir en un Derecho Penal de autor, aconsejando el recurso a las medidas de seguridad. Y, respecto a la idea de peligrosidad como base de la circunstancia, sus defensores consideran que, sí esto es así, el incremento de pena es una respuesta jurídica inadecuada. Frente a la peligrosidad criminal la consecuencia jurídica idónea es la aplicación de medidas de seguridad.

#### B) La posición de la jurisprudencia

La falta de consenso en la doctrina sobre el fundamento de la reincidencia encuentra su reflejo en la jurisprudencia. Ciertas resoluciones fundamentan la agravación en la necesidad de incrementar la respuesta social ante el delito frente a quien incumple de forma reiterada la norma, por razones de prevención general negativa, en cuanto se aumenta la intimidación con una mayor extensión de la pena, y también por razones de prevención general positiva, derivadas de la necesidad de una mayor afirmación de la vigencia y valor del Derecho —STS 535/2008, de 18 de septiembre, Rec 1126/07—. En alguna resolución, se ha manifestado que la reincidencia, desde un punto de vista criminológico, supone un fracaso de la respuesta carcelaria —STS 1250/2003, de 30 de septiembre, Rec 1305/02—. Pero, la línea jurisprudencial mayoritaria fundamenta la agravación en la necesidad de una mayor represión, por razones de prevención especial, frente a la mayor

peligrosidad del sujeto que, por repetición de los mismos hechos delictivos, revela una inclinación a cometer la misma clase de delitos —SSTS de 23 de abril de 1993, Rec 5522; 18 de febrero de 1994, Rec 2144; 5/2003, de 14 de enero, Rec 3072/01; 1250/2003, de 30 de septiembre, Rec 1305/02—; manifestando, alguna resolución, que la reincidencia es un medio inidóneo para resolver los problemas que plantea la peligrosidad del autor —STS 917/2000, de 30 de mayo, Rec 1012/1999—.

En este sentido, la jurisprudencia mayoritaria interpreta el requisito legal de “identidad de naturaleza”, desde lo que considera el fundamento de la agravante, es decir, las necesidades de prevención especial del autor que revela una inclinación a cometer la misma clase de delito. Y, en consecuencia, considera que el elemento fundamental a tener en cuenta para determinar la identidad de naturaleza entre los dos delitos es “la tendencia criminal expresada por el autor del delito, respecto de determinados bienes jurídicos”. Por ello, la “identidad de naturaleza”, que exige el legislador para la aplicación de la reincidencia, significa, a juicio de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, “identidad de bien jurídico protegido en los dos delitos” y, además, “identidad en la forma de ataque al mismo, en cuanto ello revela una misma tendencia criminológica”<sup>36</sup>. Por otro lado, esta interpretación es la que parece desprenderse del propio texto legal, concretamente de la Disposición transitoria 7ª del Código Penal.

## **Apartado VI: Reincidencia y Habitualidad como derecho penal del enemigo**

Según Jakobs (2004)

Llama “enemigo”, entre otros, al delincuente habitual, a quien hace del crimen su “modo de vida”. Es cierto que la descripción<sup>3</sup> (para muchos “justificación”) que él hace del concepto “Derecho penal del enemigo” ha sido objeto de crítica por un amplio sector de la doctrina y por el propio TC peruano. (p. 2)

Asimismo Polaino-Orts (2006) manifiesta lo siguiente:

Lo cierto es que explica una realidad normativa innegable<sup>6</sup> : aquella que se caracteriza por excluir (mediante la imposición de medidas duras de corte penal material, procesal y penitenciario) a quien –entre otros- por su historia criminal se aleja del sistema, convirtiéndolo en “enemigo”, esto es, en una mera fuente de peligro que amenaza la normal convivencia social. Precisamente, el tratamiento legislativo del reincidente [del peligroso] en el Perú (en lo penal, procesal penal y en el campo penitenciario) constituye una expresión de esta forma de derecho penal. (p. 2)

Jakobs (2004) indica que:

En esa línea y dejando de lado ciertos prejuicios académicos (que muchas veces llevan a sostener emotivamente que la legislación contra “enemigos” es per se ajena a un Estado Social y Democrático de Derecho)<sup>7</sup>, se pretende exponer de modo general el contenido del concepto de “reincidencia”, su justificación y crítica, teniendo como baremo lo expresado por el TC y el contenido del Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-1168 (p. 2)

Jakobs (2004) realiza el siguiente Análisis:

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

“El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente./ Constituye circunstancia agravante la reincidencia./ El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal./ A

los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados”.

El autor hace referencia al Derecho positivo para establecer un análisis o aclaración del término Recaer o repetir, asimismo se fundamenta en algunas leyes peruanas así como en el aporte del Tribunal constitucional, en líneas generales no se computan los antecedentes penales cancelados, pero sí aquellos que no han terminado su condena y vuelven a cometer el mismo delito.

Ahora se describe el contenido del art. 46-C, el cual establece:

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

Lo que enseña este artículo es que si en un lapso de 5 años existen actividades ilícitas del mismo tipo penal entonces el juez está facultado para aumentar la pena, esto no afecta los derechos del imputado, todo lo contrario asegura los derechos de todas aquellas que han sido víctimas.

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

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

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

#### A. La reincidencia como agravante de la pena

La reincidencia como agravante de la pena, en el Perú, constituye una vieja figura incluida ya en los Códigos penales de 18639 y de 192410. Fue proscrita por el Código penal de 1991. Su reingreso comenzó, antes de dictarse Ley 28726, mediante las disposiciones relativas al terrorismo, conforme se estipula en el art. 4 del D. Leg. 92111.

En cuanto a su definición, en la STC Exp. 0014-2006-PI/TC el Tribunal considera que:

“(...) la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior”. (Ver Anexo N° 02)

Jakobs (2004) Discrepa de esta posición, puesto que el autor indica:

La reincidencia no es una situación fáctica, sino es un supuesto normativo de agravación de la responsabilidad penal. Lo fáctico (el nuevo hecho) es valorado negativamente pues el agente demuestra o comunica un mayor desprecio al ordenamiento jurídico. El nuevo hecho es otro para el derecho: es un hecho más aflictivo. Así, sólo normativamente (existen diversas posiciones que desarrollan sus fundamentos) se puede explicar el contenido de dicha agravante. (p. 4)

El TC, en la misma Sentencia, indica lo siguiente:

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

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

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

1. Una mayor culpabilidad: se afirma que estos delincuentes demuestran una mayor capacidad para delinquir, caracterizada por la actitud permanente para violar las normas penales (Lattagliata, 1963). La mayor culpabilidad que justifica el mayor reproche radica en que el sujeto conoce la amenaza



penal mejor que otro que nunca lo ha sufrido (Maurach, 1962). Así, la reincidencia sería un síntoma de una “perversa” condición subjetiva de un ser humano hacia el delito (García, 1992).

2. La insuficiencia comunicativa de la pena impuesta por el primer delito: desde el punto de vista político criminal, se asevera que las penas, señaladas por el legislador para cada delito, tienen la presunción de ser adecuadas a la necesidad de represión. Pero cuando el mismo individuo vuelve a delinquir, entonces se tiene el fatal convencimiento de que la primera condena no ha producido el efecto saludable que esperaba el legislador. Ello significa que el sujeto no sólo ha demostrado un desprecio a la Ley, sino también a la pena anteriormente impuesta (Carrara, 1957).
3. Una mayor alarma social: se afirma que el “mal” del delito no es sólo físico (el que “sufre” la víctima) sino también social y político (Zanardelli, 1984). De esta manera, la agravante de la pena al reincidente está dirigida a causar temor a los potenciales delincuentes y un ejemplo al sujeto obstinado en cometer permanentemente delitos.
4. La doble vulneración de normas jurídicas: se afirma que junto al interés específico que vulnera el reincidente al volver a delinquir se encuentra otro valor de corte general: el mantenimiento del orden jurídico penalmente establecido. De este modo “la agravación de la imputabilidad por efecto de la reincidencia queda así determinada por el deber que el Estado tiene, al ejercitar su función de tutela jurídica, de procurar la reintegración del interés particular lesionado, pero también de proteger el entero orden jurídico, que con especial intensidad queda perturbado por la actividad criminal del reincidente” (Martínez De Zamora, 1971)
5. A pesar de estas consideraciones, es todavía fuerte, en los últimos años, la corriente doctrinal que muestra un marcado rechazo a esta forma de agravación de la responsabilidad penal (Mir Puig, 1974)

# **CAPITULO III: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS**

### **3.1 Resultados**

#### **3.1.1. La Reincidencia y Habitualidad en el Perú**

##### **Concepto de Reincidencia**

Según Pizzorusso (2014) indica que: “La reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente”, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso.

Según Tiedemann (2003) indica que: “Cuando el imputado ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley”. “En la presente sentencia, se evalúa si la reincidencia atenta contra principios constitucionales tales como el ne bis in idem, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad” (p.21)

##### **El Principio De Bis In Idem**

En su configuración material, la cual consiste en la prohibición de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones como consecuencia de un mismo hecho delictivo. (Tiedemann, 2003)

Este Colegiado estima que no existe colisión con este principio por cuanto el primer delito cometido no es objeto de una doble imposición de pena si no que se toma en consideración para graduar la pena a un hecho delictivo distinto y el segundo tampoco, ya que solo es objeto de aquella sanción prevista en su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. (p.21)

##### **El Principio De Culpabilidad**

El cual la reprobabilidad del delito es un requisito para atribuir a alguien la responsabilidad penal, tampoco se aprecia colisión con este principio por cuanto, si bien entendido en su forma clásica, este principio proscribe la

consideración de elementos externos al acto ilícito para determinar la reprobabilidad.

Según Tiedemann (2003) indica que:

Una interpretación constitucional del mismo derivada de los artículos 2º, inciso 24 literal f, 37º, 140º y 173º de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. (p.21)

### **El Principio De Proporcionalidad**

Según Tiedemann (2003) manifiesta que: “En su variante de prohibición o interdicción del exceso, la medida impugnada cumple con el sub principio de idoneidad”. “En tanto se persigue un objetivo constitucionalmente legítimo como lo es cumplir con el deber del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44º de la Constitución)” Tiedemann (2003, p.21).

Además existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido; cumple con el sub principio de necesidad, dada la inexistencia de medidas menos gravosas; y con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto el Estado Constitucional de Derecho no solo tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal sino otros bienes constitucionales, como la paz y la seguridad de los ciudadanos frente a delitos como el terrorismo. (p.21)

### **Concepto de Habitualidad**

Según Benavente (2011) indica que: “En el derecho penal se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos”. “En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempo diversos e independientes unos de otros”. (p.15)

“A juicio del Colegiado la habitualidad no es inconstitucional por cuanto esta no supone necesariamente que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor de pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos” (p.15) “La reeducación, la reincorporación y la resocialización no

son los únicos fines de la pena sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos” (Benavente, 2011).

### **3.1.2. Requisitos de la Reincidencia y Habitualidad en el Perú**

#### **Requisitos de la Reincidencia**

Según el (D.L. 635, 2010) modificado indica los siguientes requisitos:

En nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente.

Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas.

Constituye circunstancia agravante la reincidencia.

El juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Si la reincidencia se produce por los delitos previstos en los artículos 108, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal.

El juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta cadena perpetua. Sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en los delitos señalados en el segundo párrafo del presente artículo. (Artículo 46-B)

#### **Requisitos de la habitualidad**

Según el (Artículo 46 C, 2010) modificado indica los siguientes requisitos:

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años.

El plazo fijado no es aplicable para las modalidades agravadas de los

delitos previstos en los artículos 108, 121, 121-A, 121-B, 129, 152, 153, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, del 325 al 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en las modalidades agravadas de los delitos previstos en el párrafo anterior, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. (Artículo 46-C)

### **¿Cuál es la Posición Doctrinal de la C.I.D.H Respecto de estas Figuras Jurídicas?**

Según la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Se está violando los derechos humanos a las personas que se les acusa de habitualidad y/o reincidencia en el Perú? (Panta, 2006)

Al respecto la Corte Interamericana de Derecho Humanos, se manifiesta en el artículo 8. Inc 4.

Respecto a los alcances del concepto de “sentencia firme” que utiliza la referida disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

(...) la expresión “sentencia firme” en el marco del artículo 8º inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, “sentencia” debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y “sentencia firme” como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada”.

Lo que se quiere esclarecer es que si las imputaciones de habitualidad y reincidencia violan el principio de ne bis in ídem, el cual es un derecho fundamental reconocido por la Constitución que prohíbe que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito. En otro sentido implica que no pueda valorarse dos veces un mismo hecho o fenómeno para calificar la

tipicidad de un delito o evaluar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Ante un tribunal un acusado además de declararse *inocente* o *culpable* puede manifestar que *autrefois acquit* (en francés: *Ya he sido exculpado*) si ya ha sido encontrado inocente en un juicio previo así como *autrefois convict* (en francés: *Ya he sido condenado*) si el acusado ya fue enjuiciado y condenado.

En consecuencia solo podrá hablarse de la reincidencia o habitualidad partiendo de la comisión de un “nuevo delito doloso”, lo que quiere decir que la pena a imponerse no está dirigida a sancionar a alguien por un delito que ya ha sido sancionado o absuelto y que el estado está ejerciendo su función punitiva sobre ese nuevo delito doloso que ha cometido el agente”.

En resumen los delitos de reincidencia y habitualidad no vulneran los derechos humanos de los imputados, al aplicarse este a nuevos delitos dolosos.

### **Jurisprudencia Vinculante:**

Según (Panta , 2006) indica que:

- ✓ Estados Unidos de América. La Corte Suprema, en el caso *Breed v. Jones* (421 U.S. 519) decidió que, en virtud de la garantía constitucional de que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa, no podía enjuiciarse a un menor de edad, en caso de robo, por parte de un tribunal ordinario, si dicho menor hubiere sido ya declarado por un tribunal de menores como delincuente juvenil por el mismo delito.

En virtud de la Ley 93-415 de fecha 07 de setiembre de 1974, se dictaron medidas amplias y coordinadas para enfrentar en problema de la delincuencia juvenil. La política del congreso fue, entre otros objetivos, la de facilitar los recursos, dirigencia y coordinación necesarios para desarrollar y aplicar métodos efectivos de

prevención y reducción de la delincuencia juvenil, y para mejorar la calidad de la jurisdicción para menores en Estados Unidos.

- ✓ La Corte Suprema, en Estados Unidos v. Jenkins (420 U.S. 358), decidió que la garantía de la quinta enmienda de la Constitución contra el doble proceso por un mismo delito estaría violado si al gobierno se le permitiera apelar el rechazo de una acusación después de un juicio sin jurado, y buscar otro proceso con el cual el juez puede nuevamente revisar las evidencias contra el acusado.
- ✓ Caso Quinteros: Poder Judicial expone a Uruguay a nueva condena Internacional, Un tribunal penal desoyó el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cidh) al negarse a aplicar el delito de desaparición forzada para condenar al ex canciller de la dictadura, Juan Carlos Blanco, por su responsabilidad en el crimen de la maestra y militante del PVP Elena Quinteros. La sentencia se basa en jurisprudencia de los años cincuenta y en el cuestionado informe de la Comisión para la Paz.

A pesar de que Uruguay fue condenado por la Corte Interamericana como un Estado violador de los derechos humanos, y en su sentencia obliga al Poder Judicial a tipificar la desaparición forzada, el Tribunal de Apelaciones Penal de Tercer Turno decidió, por unanimidad, no aplicar esa figura sino la de homicidio muy especialmente agravado, a fin de no "violentar" principios generales del derecho, como el de irretroactividad de la ley penal o el de la ley más benigna para el reo, según la resolución a la que accedió Brecha. Sin embargo, el párrafo 254 de la sentencia de la Corte Interamericana señala que el Estado, además de no amparar casos en la ley de caducidad, "debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem (nadie puede ser juzgado dos veces por el



mismo delito) o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada".

Además, en entrevista con Brecha (8-VII-11), el presidente de la cidh, Diego García-Sayán, afirmó –de acuerdo a la sentencia del organismo internacional– que el Poder Judicial uruguayo está obligado a aplicar el delito de desaparición forzada.

Como base para su sentencia, el Tribunal de Apelaciones escogió doctrina uruguaya aplicada hace medio siglo o más, desconociendo los avances en materia del derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, cita los pareceres jurídicos de Alberto Ramón Real, expuestos en 1965, los de Jiménez de Azúa, que datan de 1954, y una sentencia de la sala de segundo turno de 1950. Pero en ningún momento la decisión refiere al fallo de la cidh, que es de carácter obligatorio para los estados miembros, como Uruguay.

La fiscal Mirtha Guianze había solicitado, el 27 de agosto de 2008, que Blanco fuera condenado a 20 años de penitenciaría por "desaparición forzada". El 21 de abril de 2010, el juez Juan Carlos Fernández Lecchini sentenció al ex canciller de la dictadura aceptando la cantidad de años de cárcel pedidos por el Ministerio Público, pero decidió caratular el expediente como "homicidio muy especialmente agravado".

El 24 de febrero de 2011 se emitió el fallo de la Corte Interamericana, señalando la obligación de tipificar "desaparición forzada" en los casos como el de María Claudia García de Gelman, y así también en los de similares características, como el de Elena Quinteros. Aun así, con fecha 17 de febrero de 2012, el tribunal penal confirmó la condena de Blanco por homicidio.

El Tribunal de Apelaciones confirmó la condena a 20 años de prisión al excanciller uruguayo Juan Carlos Blanco por la desaparición y muerte en 1976 de la maestra Elena Quinteros, quien fuera secuestrada de la sede de la Embajada de Venezuela en Montevideo cuando buscaba asilo

El párrafo 235 de la sentencia de la cidh establece que en particular las "desapariciones forzadas" constituyen "graves violaciones de derechos humanos", por lo que "es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno"

Cuando Brecha le preguntó a García-Sayán si "esto implica que el Poder Judicial debe cumplir" con la aplicación de "la figura de la desaparición forzada", el magistrado internacional respondió que las sentencias de la Corte, "que son vinculantes, obligan al conjunto de los aparatos del Estado, y eso incluye al sistema judicial".

Quinteros fue secuestrada en 1976 por las fuerzas represivas cuando intentaba asilarse en la embajada de Venezuela. Desde entonces se mantiene desaparecida; aunque lo natural sea presumir que fue asesinada, el cuerpo de la víctima no fue encontrado.

"Hoy ya no hay incertidumbre sobre el destino o la suerte de Elena Quinteros, más allá de que no se hayan encontrado sus restos, y que no fue otro que la muerte, por lo que tampoco existe adecuación típica a la conducta imputada en la figura delictiva reclamada por la Fiscalía", señala el fallo.

La pena máxima para el delito de desaparición forzada es de 25 años de penitenciaría, y en el caso del homicidio puede llegar a 30 años, por lo cual al menos es discutible el hecho de cuál sería la incriminación "más gravosa". Para el derecho internacional en materia de derechos humanos tampoco es retroactiva la aplicación

de la figura creada en 2006: "La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha dicho lo que también han señalado muchos tribunales internacionales, como la Corte colombiana o la Corte de Perú: que las desapariciones forzadas son delitos permanentes y continuados, y que su prolongación en el tiempo, con posterioridad a la fecha de la creación de la figura delictiva en el derecho interno de los países, permite que se aplique la tipificación de la desaparición forzada. Ya hay sentencias firmes, personas condenadas por la justicia: por ejemplo se ha aplicado la figura en Perú, en el caso de la desaparición del estudiante (Ernesto) Castillo Páez, por la que oficiales de la policía fueron condenados a penas de más de 30 años con base en una tipificación dictada con posterioridad al inicio de la desaparición. Pero como el hecho se mantendría en el presente, se aplicó la figura", explicó García Sayán.

El tribunal, sin embargo, no cumple con tal mandato al considerar que "más allá de la no aparición hasta el presente del cadáver de la víctima, está plenamente probado que a Elena Quinteros se le dio muerte en los primeros días de noviembre de 1976 y en dependencias del Servicio de Material y Armamento. Tal conclusión deriva del material probatorio y de las reglas de la sana crítica (...)". "Si la víctima ya no está viva no puede decirse que el delito se sigue consumando porque no hay sujeto pasivo de éste y porque el autor no tiene más dominio del hecho sobre un ser humano que no existe", argumentó.

De esta manera, el órgano de alzada desconoce el fenómeno criminal –pero también social, político, cultural– que constituye una desaparición forzada. Por algo el derecho internacional se encargó de diferenciar esta situación de la del homicidio.

Como colofón de un fallo que mantiene sumergido a Uruguay en materia de respeto judicial por las convenciones internacionales de los derechos humanos –y que lo expone a una renovación de la

sentencia condenatoria por parte de la cidh– el tribunal se anima a señalar, con precisión en las fechas, cuándo se mató a la joven, basándose en el cuestionado informe de la Comisión para la Paz.

Al parecer, los ministros consideran este informe como fuente fidedigna aun cuando se haya comprobado en varias oportunidades que contiene información falsa. Baste señalar que las fuentes militares todavía ocultas mintieron respecto del verdadero final del maestro Julio Castro: había sido ejecutado de un tiro en la cabeza y su cuerpo se mantenía oculto bajo la tierra de un batallón, pero los informantes nunca hablaron del disparo ni del enterramiento clandestino. Si por ellos fuera, jamás se hubiera hallado el cuerpo. Esto permite diversas especulaciones sobre el cierto final de víctimas como Elena Quinteros. El fallo del tribunal se decidió curiosamente por cuatro votos en un mismo sentido, en vez de tres.

La ministra Bernadette Minvielle se excusó de actuar en el caso, por cuanto se conformó una terna especial. Pero con tal integración el fallo, en principio, sólo contaba con dos votos conformes –al quedar uno de los ministros en discordia–, y la ley requiere de tres en la misma postura para el dictado de sentencias definitivas. Por ello se sumó un cuarto ministro con cuyo voto se alcanzó la mayoría especial.

No obstante, "en la instancia deliberativa del común acuerdo" el miembro disorde desistió de su posición inicial y se alineó con los otros tres jueces. Así se llegó a una "decisión coincidente de todos los firmantes", lo que resulta inusual. La decisión del órgano penal de alzada terminó siendo firmada por los ministros Julio Olivera Negrín, Eduardo Borges, William Corujo y Daniel Tapié.

- ✓ CIDH, Serie C N° 126 (caso Fermin Ramírez contra Guatemala). La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa

hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicancias, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos.

- ✓ CIDH según (Gutierrez,1994), A veinte años del crimen del subcomisario de la Policía Bonaerense, Jorge Gutiérrez, asesinado de un balazo en la cabeza la madrugada del 29 de agosto de 1994, a bordo de un tren del Ferrocarril Roca, “la impunidad se mantiene, a pesar del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que ordenó la reapertura de la causa”, le dijo a Página/12 el abogado de la familia, Luis Valenga. “La Cámara de Casación bonaerense confirmó la elevación a juicio del caso con el viejo Código Procesal, de manera que la familia no puede actuar como particular damnificado, lo que significaría no tener la posibilidad de controlar el proceso”, explicó Valenga. Por esa razón apelaron la decisión ante la Corte Suprema de la Nación y están esperando “una resolución favorable a nuestro pedido”. En la causa hay dos imputados, señalados por testigos: el policía federal Carlos Santillán, de quien se sospecha fue autor material del hecho, y un amigo suyo, civil, Francisco “El Colorado” Mostajo.

El nombrado Santillán fue absuelto en un juicio realizado en 1996. Aunque la sentencia fue confirmada por la Corte Suprema nacional años después, la familia consideró que fue una decisión “bochornosa” y por ese motivo la viuda de Gutiérrez, Nilda del Valle Maldonado, se presentó ante la Comisión Interamericana, con el patrocinio de Valenga y del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). La CIDH ordenó una nueva investigación y un nuevo juicio,

desestimando en este caso el precepto que establece que nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho.

La Corte internacional dijo en su sentencia de diciembre de 2013 que efectivamente no se puede juzgar dos veces a una persona por el mismo hecho, pero sólo cuando median el “juicio justo” y “las garantías del debido proceso”. En este caso, recién en la instancia internacional que se cerró en diciembre del año pasado, tanto el Estado argentino como la familia coincidieron en que la causa desarrollada en sus aspectos fundamentales entre 1994 y 1998 “no fue sustanciada de conformidad con los estándares internacionales exigibles”, motivo por el cual resultaba imprescindible que se investigara de nuevo.

#### **Análisis y Conclusiones:**

- ✓ Hay que resaltar que según las jurisprudencias consignadas en el presente Informe, hay una variedad de interpretaciones acerca de la figura clásica del *Ne bis in ídem*, si desglosamos el término significa “Nadie puede ser juzgado dos veces, por un mismo delito”, una vez que analizamos la doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podemos concluir que no hay ninguna vulneración a este Principio Constitucional que rige en la constitución Peruana y del mundo, ya que la reincidencia y habitualidad no castigan dos veces un mismo hecho sino claramente expone el legislador tiene que ser un “delito doloso nuevo”, esto hace mención referidas veces la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que si se castigará dos veces por un mismo ilícito sería una mentalidad punitiva neta y retrógrada.
- ✓ La C.I.D.H. nos dice, Si hoy pudiera un condenado ser tratado más severamente al ser juzgado por otro hecho, en consideración al hecho antes juzgado y sancionado, se lo estaría volviendo a sancionar por el hecho anterior, pues otro entendimiento del principio restringiría su acepción sólo al aspecto procesal, con lo cual se desconocería su segundo componente, que prohíbe

sancionar a la misma persona (en otro juicio) por un hecho anterior ya juzgado. Si "sancionado" quisiera decir lo mismo que "juzgado", no tendría sentido el doble componente atribuido por el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos.

Para culminar de acuerdo al análisis realizado LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, refiere que las figuras de la reincidencia y habitualidad no vulneran a los Derechos Fundamentales del Procesado ni en su aspecto referido a los Principios de Legalidad y ni al Ne bis in ídem, puesto que se le juzga al autor por un delito doloso nuevo y no por su vida criminal

### **3.1.3: Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal de la T.E.D.H respecto de estas figuras jurídicas?**

#### **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 14**

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Inc. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

El contenido del Inc. 7, es muy similar al contenido de la convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 Garantía judiciales, inc. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. En ese sentido los delitos de habitualidad y reincidencia no violan los derechos humanos en materia de ser juzgado 2 veces por el mismo delito, en ese sentido considero personalmente que la legislación peruana cumple con los tratados internacionales.

#### **Jurisprudencia vinculante:**

- ✓ TEDH de 16 de junio de 2009 (Caso Ruotsalainen contra Finlandia).

En el ámbito internacional la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 50 recoge en términos similares el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito. Esta Carta, tal y como fue adaptada en Estrasburgo en diciembre de 2007, adquiere después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el mismo carácter vinculante que los tratados, de manera que las normas relativas a los derechos fundamentales establecidos en nuestra Constitución han de ser interpretadas también de acuerdo con lo dispuesto en esta Carta, teniendo en cuenta que los derechos contenidos en la misma, en la medida en que se correspondan, presentan el mismo sentido y alcance que los garantizados por el Convenio Europeo.

Ahora bien, la protección de los derechos humanos contenidos en el Convenio corresponde en el ámbito jurisdiccional al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyas sentencias tienen un valor interpretativo adicional. En este punto, la STEDH en el caso Ruotsalainen contra Finlandia aplica el artículo 4 del Protocolo



número 7 a una segunda sanción penal por los mismos hechos, y considera infringido el precepto que impide enjuiciar y sancionar por segunda vez unos mismos hechos. De acuerdo con la doctrina establecida por el TEDH, no sería posible la iniciación o continuación de un procedimiento administrativo sancionador con posterioridad a la absolución en un procedimiento penal sobre los mismos hechos. El artículo 4 del Protocolo número 7 protege al ciudadano, no solo frente a una ulterior sanción, sino también frente a una nueva persecución de los mismos hechos una vez que ha recaído sentencia firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado del mismo, y siempre que se haya desarrollado con todas las garantías. La extensión del ámbito material y formal del principio non bis in idem realizada por el TEDH pone en entredicho su compatibilidad con la regulación del principio de no concurrencia de sanciones tributarias del artículo 180.1 de la LGT, que no impide el desarrollo del procedimiento sancionador tributario en el caso de no haberse apreciado la existencia de delito.

- ✓ TEDH de 8 de junio de 1976 (Caso Engel y otros contra Países Bajos). La aplicación del principio non bis in idem del artículo 4 del Protocolo número 7 y su correlativo artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales, exige que las medidas sancionadoras ya adoptadas contra el inculpado mediante una resolución firme tengan carácter penal. Por lo tanto, el principio non bis in idem no se opone a la existencia de varias sanciones aplicables, lo que pretende es prohibir la reiteración de procedimientos penales que han finalizado con una resolución firme

La noción de procedimiento penal a la que se refiere este artículo ha de interpretarse a la luz de los criterios utilizados por el TEDH en relación con el artículo 6 del Convenio, que han incluido las sanciones y recargos tributarios al cumplir los criterios establecidos para satisfacer la condición de carga penal. Dichos criterios, conocidos como los criterios Engel<sup>5</sup>, son los siguientes: la

calificación jurídica de la infracción en el Derecho interno, la verdadera naturaleza de la misma, y el grado de severidad de la pena. Como indica el TEDH en su sentencia del caso Ruotsalainen, “el segundo y tercer criterio son alternativos y no necesariamente acumulativos. Es suficiente que la infracción en cuestión pueda ser considerada por su propia naturaleza como criminal o que la infracción someta al responsable a una sanción que por su naturaleza y grado de severidad pertenezca al ámbito criminal”. En este caso, el recurrente fue sancionado en un procedimiento penal sumario por haber usado un carburante menos gravado que el diesel, lo que constituía una defraudación tributaria mínima. Este procedimiento era de naturaleza penal de acuerdo con la calificación otorgada por la ley nacional. Posteriormente es sancionado en un procedimiento administrativo. No se trata de un procedimiento penal sino regulado por la normativa tributaria, sin embargo el TEDH acude a la verdadera naturaleza de la infracción, y teniendo en cuenta además que la multa impuesta ascendía al triple de la cuota tributaria, concluye que se trata de una sanción tributaria impuesta por una norma, no solamente compensadora sino también preventiva o sancionadora, lo que le otorga la calificación de infracción penal a los efectos de la aplicación del principio non bis in idem.

Por su parte, el TJUE se hace eco en su sentencia de 26 de febrero de 2013 de la necesidad de determinar el carácter penal de las sanciones impuestas en primer lugar, ya que afirma que “solo cuando la sanción fiscal tenga carácter penal en el sentido del artículo 50 de la Carta, y ya no pueda ser objeto de recurso, podrá considerarse que este artículo se opone a una acción penal por los mismos hechos contra la misma persona”. No obstante, partiendo de la afirmación de que el principio “non bis in idem” no se opone a la combinación de recargos fiscales y sanciones penales por los mismos hechos, en este caso el incumplimiento de obligaciones declarativas en el ámbito del IVA, el Tribunal no se pronuncia sobre

la verdadera naturaleza de dichos recargos fiscales, dejando la cuestión en poder del juez nacional.

### **Análisis y Conclusiones:**

- ✓ El Tribunal de Justicia parece restar valor jurídico al CEDH, así como a las sentencias del TEDH, sin manifestar su conocimiento acerca de la importancia que en relación con el principio interpretado tienen sentencias como la de 16 de junio de 2009, dictada por el Tribunal Europeo en el caso Ruotsalainen, que ha marcado un antes y un después en el contenido del principio non bis in idem. El Derecho de la Unión otorga un valor relevante al Convenio en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que debería haber sido reconocido expresamente por el Tribunal de Justicia en esta sentencia.
- ✓ El análisis de la STJUE de 26 de febrero de 2013 sobre el principio non bis in idem, pone de manifiesto la importancia de este principio en un sistema nacional como en los países bajos en el que se establecen dos procedimientos separados, administrativo y penal, para sancionar un único acto ilegal, así como los principales problemas que pueden surgir de la aplicación de este principio en los diversos países de la Unión.
- ✓ Parece evidente la necesidad de conectar la regulación del principio non bis in idem con su contenido constitucional, teniendo en cuenta que, a tenor del artículo 10.2 de la CE, las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales han de ser interpretadas de conformidad con las normas internacionales sobre derechos humanos. En el conjunto de tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia destaca el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) y sus Protocolos adicionales.
- ✓ Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la protección de los derechos humanos contenidos en el Convenio corresponde en el ámbito jurisdiccional al Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(TEDH), cuyas sentencias tienen un valor interpretativo adicional. Es por ello que el significado otorgado al principio non bis in idem en los pronunciamientos del Tribunal Europeo, una vez ratificado por España el Protocolo número 7, presenta un interés especial para determinar el alcance de esta garantía penal en los procedimientos sancionadores tributarios.

- ✓ El Derecho sancionador tributario ha adquirido en la actualidad una gran importancia, en la medida en que el sistema tributario se caracteriza por el cumplimiento masivo y espontáneo de los contribuyentes a través de las autoliquidaciones. En este contexto, la Administración asume como función principal la regularización de la situación tributaria del sujeto pasivo y la imposición de las correspondientes sanciones, en el ejercicio de una potestad sancionadora que constituye una función auxiliar de la gestión de los tributos.
- ✓ Para culminar, es de gran importancia identificar el nem bis in idem propiamente dicho de un derecho penal del enemigo, no se trata de castigar, sino de reinsertar al agente activo dentro de la sociedad. La reincidencia y habitualidad no vulnera según el T.E.D.H y C.E.D.H. el principio constitucional ya antes mencionado, ya que el delito que se castiga no es el mismo ya antes sancionado.

#### **3.1.4: Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal del Tribunal Constitucional Peruano respecto de estas figuras jurídicas?**

Hace poco el Ex - Decano del Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, manifestó que en circunstancias que se presentó la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra la Ley 28726 que incorporaba y modificaba los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal y artículo 135 del Código Procesal Penal decía: “Que al haberse modificado el artículo 46 que refiere al momento de la determinación de la pena, se ha puesto en cuestionamiento la dimensión material del principio ne bis in idem, para verificar si existe una doble sanción en el supuesto en

que el Juez tenga en consideración la “habitualidad del agente del delito “y” la reincidencia”, que en consecuencia solo podrá hablarse de la reincidencia o habitualidad partiendo de la comisión de un “nuevo delito doloso”, lo que quiere decir que la pena a imponerse no está dirigida a sancionar a alguien por un delito que ya ha sido sancionado o absuelto y que el estado está ejerciendo su función punitiva sobre ese nuevo delito doloso que ha cometido el agente”. (Campos, 2014)

A propósito, de lo expuesto, parte de la dogmática penal moderna, indica que estas dos figuras procesales, vulneran el derecho constitucional de presunción de inocencia y se incide en la determinación judicial de la pena, es decir, al momento en que ya se ha probado la culpabilidad al procesado, con lo que queda desvirtuada la presunción de inocencia, al haberse producido la prueba en contrario y que solo se puede hablar de reincidencia y habitualidad partiendo del supuesto que se ha cometido un “nuevo delito doloso”, lo cual implica que anteriormente se ha cometido por lo menos un delito doloso. (Campos, 2014)

El Dr. Mario Amoretti en un artículo publicado en el Diario El Comercio, nos hace recordar que: “Hoy no resulta válido conservar en nuestro ordenamiento jurídico la reincidencia y habitualidad, porque son formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo y porque además no se ha tenido en cuenta lo previsto en la exposición de motivos del Código Penal”. (Campos, 2014)

Pese a ello, el Poder Ejecutivo, mediante Ley 29570, amplía la inaplicabilidad de la reincidencia y habitualidad para determinados y específicos delitos y además los amplía para los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. (Campos, 2014)

La habitualidad consiste en la repetición de actos de la misma especie producto del hábito o la costumbre y no es considerado un concepto jurídicamente definido como la reincidencia, sino una cuestión de hecho que de acuerdo con la doctrina y a la jurisprudencia requiere de tres actos delictivos dentro de un periodo de tiempo especificado para que se configure como tal (Rodríguez, 2007, p. 356).

De acuerdo con Jiménez (1995), la habitualidad no es más ni menos que la reincidencia; mas, porque no es suficiente con repetir infracciones, sino que requiere que el autor delinca a manera de costumbre, incorporándose así al modo de ser u obrar del mismo; menos porque no es necesario que medie una condena ejecutoria, sino que pueda demostrarse un conjunto de infracciones que constituyen el concurso real de delitos (p. 363).

**¿Cuál es el principal cuestionamiento que se hace a la reincidencia y a la habitualidad?**

“El análisis de la Ley N ° 28726, que incorpora la reincidencia y la habitualidad como criterios para la determinación de la pena operando como agravantes genéricos, comportará determinar su correspondencia o contradicción con el principio constitucional del ne bis in ídem. Ello en razón de que constituye el cuestionamiento principal enarbolado por el demandante.”

**¿Qué precisiones hizo el Tribunal Constitucional respecto al principio ne bis in ídem?**

“El principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, o principio ne bis in ídem, ha sido tratado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2050-2002-AA /TC (fundamento donde señaló que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 139°, numeral 3 de la Constitución. Esta pertenencia y dotación de contenido se produce en virtud de la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

**La sentencia del pleno jurisdiccional del tribunal constitucional (0014 – 2006 pi/tc) sobre proceso de inconstitucionalidad acerca de la reincidencia y habitualidad y el principio de proporcionalidad.**

1. El Tribunal Constitucional considera conveniente determinar si la intervención del legislador, al incorporar la reincidencia como agravante genérica en el Código Penal, ha respetado o no el principio de proporcionalidad, lo que a continuación será objeto de análisis.

2. Es evidente que los comportamientos de las personas que se tipifiquen como delitos y el establecimiento de la pena que corresponda a ellos, constituirá una intervención en los derechos fundamentales por parte del legislador, por cuanto la Constitución reconoce, por un lado, el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2º, inciso 24) el cual se concreta también en el hecho de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esto no significa, sin embargo, que las intervenciones del legislador o las restricciones que recaigan en los derechos fundamentales sean ilimitadas o absolutamente abiertas, sino, por el contrario, que estas deben ser plenamente justificadas –proporcionales– respecto a la protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes o valores constitucionales.

3. Siendo ello así, se debe aplicar en el control constitucional de los artículos modificados por la Ley N° 28726 el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso, a fin de determinar la legitimidad constitucional de la disposición antes aludida. En primer lugar, se debe efectuar el análisis a la luz del principio de idoneidad. Este subprincipio exige que la ley penal, dado que interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo; lo cual exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.

4. A juicio de este Tribunal, los artículos modificados cumplen con el subprincipio de idoneidad. En efecto, el legislador ha previsto, a través de tal disposición, un objetivo constitucionalmente legítimo si se considera que son deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, de acuerdo con el artículo 44º de la Constitución. Asimismo, es claro que existe una

relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido.

5. En segundo lugar, el subprincipio de necesidad impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado. Desde esta perspectiva, cabe evaluar si es que el legislador debió advertir la existencia de otras alternativas igual de idóneas pero menos gravosas que las introducidas en la Ley N° 28726. Este Tribunal estima la inexistencia de otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura penal de la reincidencia y habitualidad en el delito, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad– como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger.

6. En tercer lugar, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Este Tribunal advierte que la Ley N° 28726 cumple también con este subprincipio. Y es que así como el Estado constitucional de Derecho tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el de terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros.



7. En ese sentido, cabe señalar que “dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su ‘nocividad social’). (...) un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de ‘nocividad social’ del ataque al bien jurídico”.

8. La cuestión, por tanto, de si la adjudicación de una pena a una persona reincidente ha cumplido o no su finalidad, no es una cuestión ajena a la sociedad democrática. Ella tiene un interés sustancial en conocer si la ejecución de la pena ha cumplido con los objetivos perseguidos por el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. En definitiva, el Tribunal es de la opinión que la intervención del legislador en el derecho a la libertad personal, a través de las disposiciones modificatorias en la Ley N° 28726, no infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso; por lo que dicha ley ha de ser considerada como constitucionalmente legítima.

### **Análisis y Conclusiones:**

- ✓ La institución penal de la reincidencia que ha tenido variada suerte en nuestro contexto legislativo. En oposición a una afirmación expresada por el TC, en el sentido de que la reincidencia es una situación fáctica, subraya, desde un inicio, que discrepa de este criterio por considerar que se trata, más bien, de un supuesto normativo de agravación de la responsabilidad penal.
- ✓ El nuevo delito cometido es valorado negativamente debido a que el agente demuestra o comunica un mayor desprecio al ordenamiento jurídico. La reincidencia y habitualidad, como meras presunciones de peligrosidad (no corroborada con otros elementos), son insuficientes para aplicar al sujeto una “nueva sanción”, que supere el marco de la pena establecida previamente a nivel legislativo. Lo que

implicaría, tratar de manera indebida al delincuente como “ENEMIGO”.

- ✓ Creo que es claro que el TC Peruano deja la mentalidad retrógrada de un lado, simplemente sostienen que la reincidencia y habitualidad no castigan más severamente por la vida delictiva que ha tenido el autor reincidente de un hecho ilícito sino por su desprecio, irrespeto y falta de consideración al sistema judicial que rige en una sociedad haciendo caso de las advertencias y simplemente actuando sin importarle en lo más mínimo la normatividad vigente.

### **3.1.5: Determinar si la posición doctrinaria del Tribunal Constitucional Peruano es compatible con la posición doctrinaria de la C.I.D.H. y el T.E.D.H.**

#### **Con Respecto a la C.I.D.H.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobre ponderar las implicancias, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. (CIDH, Serie C Nº 126 caso Fermin Ramírez contra Guatemala).

#### **Con Respecto al T.E.D.H.**

La Doctrina Española ha manifestado su rechazo a la regulación de la reincidencia como agravante basándose en su inconstitucionalidad al quebrantar principios tales como el de igualdad, non bis in idem (imposibilidad de condenar dos veces por los mismos hechos), proporcionalidad, culpabilidad... El Tribunal Constitucional acabó con estas disputas en la Sentencia del Pleno del Tribunal de 4 de julio de 1.991,

dictada con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad, al considerar que la regulación de la reincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad no atentaba contra ningún principio de nuestra Carta Magna. A pesar de ello gran parte de la doctrina sigue manteniendo una postura crítica hacia la figura de la reincidencia, entendiendo que la habitualidad se ha de tratar en el marco de las medidas de seguridad. Por su parte el legislador haciendo oídos sordos a las posturas doctrinales endurece las penas para el reincidente pensando, seguramente, en los Créditos electorales. Esto implica un alejamiento entre la doctrina y el legislador que se mantendrá a no ser que se produzca otra modificación legislativa que contemple los fundamentos doctrinales y enlace directamente la reincidencia con el Derecho Penal Preventivo y de Medidas de Seguridad.

Sin embargo el T.E.D.H. en su Art. 14 inc.7º: Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. Dando a entender que la palabra nuevo delito doloso, significa que no está siendo castigado por un delito anterior sino por uno que está cometiendo en el momento toda vez que ya antes había sido castigado por hecho similar. Ahora bien si analizamos esto nos da a entender que la concepción de reincidente o habitual, tiene matices distintos de consideración en otros países así como en el nuestro.

Con estas salvedades concluimos que el Tribunal Constitucional Peruano va acorde con las normas internacionales como son la C.I.D.H y el T.E.D.H.

## **CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **4.1 Conclusiones**

##### **Objetivo N°01: Determinar los elementos o requisitos de la Reincidencia y Habitualidad en el Perú**

Con respecto a la reincidencia: En nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en los delitos señalados en el segundo párrafo del presente artículo. Con respecto a la habitualidad: Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años.

##### **Objetivo N°02: Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal de la C.I.D.H respecto de estas figuras jurídicas?**

Lo que se quiere esclarecer es que si las imputaciones de habitualidad y reincidencia violan el principio de ne bis in ídem, el cual es un derecho fundamental reconocido por la Constitución que prohíbe que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito. En otro sentido implica que no pueda valorarse dos veces un mismo hecho o fenómeno para calificar la tipicidad de un delito o evaluar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

##### **Objetivo N°03: Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal de la T.E.D.H respecto de estas figuras jurídicas?**

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. En ese sentido los delitos de

habitualidad y reincidencia no violan los derechos humanos en materia de ser juzgado 2 veces por el mismo delito, en ese sentido considero la legislación peruana cumple con los tratados internacionales.

**Objetivo N°04: Determinar ¿Cuál es la posición doctrinal del Tribunal Constitucional Peruano respecto de estas figuras jurídicas?**

Solo podrá hablarse de la reincidencia o habitualidad partiendo de la comisión de un “nuevo delito doloso”, lo que quiere decir que la pena a imponerse no está dirigida a sancionar a alguien por un delito que ya ha sido sancionado o absuelto y que el estado está ejerciendo su función punitiva sobre ese nuevo delito doloso que ha cometido el agente”. “El principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, o principio ne bis in ídem, ha sido tratado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2050-2002-AA /TC.

**Objetivo N°05: Determinar si la posición doctrinal del Tribunal Constitucional Peruano es compatible con la posición doctrinal de la C.I.D.H. y el T.E.D.H.**

Con Respecto a la C.I.D.H. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobre ponderar las implicancias, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. (CIDH, Serie C N° 126 caso Fermin Ramírez contra Guatemala). Con Respecto al T.E.D.H. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. Dando a entender que la palabra nuevo delito doloso, significa que no está siendo castigado por un delito anterior sino por uno que está cometiendo en el momento toda vez que ya antes había sido castigado por hecho similar.( Art. 14 inc.7)

## **4.2 Recomendaciones**

1. Recomendar a los Legisladores Peruanos a analizar conforme los parámetros que consideren más pertinentes las Instituciones de la Reincidencia y Habitualidad antes de realizar modificaciones a las normas que las regulan, ya que no resulta ser lógico, crítico y objetivo que en poco más de diez años de vigencia, éstas normas hayan sido modificadas hasta en siete oportunidades partiendo con la Ley N° 28726 hasta el último D.L N° 1181.
2. Recomendar al Legislativo a adoptar medidas más preventivas del delito que castigadoras de los mismos puesto que si ante el incremento del crimen y la delincuencia sólo vamos a recurrir al derecho penal para castigar con mayor severidad a los delincuentes, éste ya no se vuelve un Instrumento de última ratio sino que estaría catalogado como un arma de primera ratio.
3. Por último recomiendo hacer un estudio minucioso del porcentaje de convictos que se encuentran reclusos en los diversos penales del país, para poder dilucidar cuántos de ellos son reincidentes y habituales y así calcular el grado de efectividad que tienen estas dos instituciones dentro de nuestro ordenamiento Jurídico.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 635, D. (22 de Octubre de 2010). *Aplicación de la Pena*. Obtenido de [https://apps.contraloria.gob.pe/unetealcontrol/pdf/07\\_635.pdf](https://apps.contraloria.gob.pe/unetealcontrol/pdf/07_635.pdf)
- Agudo, E. (2005). *Principio de culpabilidad y Reincidencia*. España: Universidad de Granda.
- Articulo 46 C. (22 de Octubre de 2010). *Aplicacion de la Pena*. Obtenido de [https://apps.contraloria.gob.pe/unetealcontrol/pdf/07\\_635.pdf](https://apps.contraloria.gob.pe/unetealcontrol/pdf/07_635.pdf)
- Atto, M. M. (16 de Noviembre de 2014). *La Reincidencia y Habitualidad desde un análisis de la sentencia del tribunal constitucional*. Obtenido de <https://es.scribd.com/doc/154104930/LA-REINCIDENCIA-Y-HABITUALIDAD-DESDE-UN-ANALISIS-DE-LA-SENTENCIA-DEL-TRIBUNAL-CONSTITUCIONAL>
- Camaño , R. A. (15 de Agosto de 2007). *Derecho Penal , ss., y en “Estudios Penales y Procesales”*. Obtenido de [http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/reincidencia-y-habitualidad\\_informe-final.pdf](http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/reincidencia-y-habitualidad_informe-final.pdf)
- Campos, E. (2014). *La Reforma de la Flagrancia, Reincidencia y Habitualidad en el Ordenamiento jurídico Penal y Procesal Penal*. . Peú: Alerta informativa.
- Carrara, F. (1957). *Programa de Derecho Criminal Vol.II. Parte General*. Bogotá: Editorial Temis.
- CIDH. (7 de Febrero de 1974). *Comision Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/75sp/sec.2a.htm>
- CIDH. (18 de Junio de 2014). *Convención americana de los Derechos Humanos*. Obtenido de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Del Valle , G. B. (2011). *La reincidencia en el Derecho Penal Guatemalteco*. Guatemala: <https://es.scribd.com/document/126053364/Reincidencia-en-El-Derecho-Penal-Guatemalteco>.
- Garcia, F. (2010). *La Aplicación del Derecho a la Educación y su incidencia en la rehabilitación de los internos del centro de rehabilitación social de la ciudad de Guaranda*. Ecuador: La Ley.
- García, F. J. (15 de junio de 2017). *Reincidenica Penal*. Obtenido de



- <https://www.derechoecuador.com/reincidencia-penal>
- García, L. (1992). *Reincidencia y punibilidad. Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*. Buenos Aires: Astrea.
- Grassi, I. (15 de diciembre de 2017). *La problemática de la reincidencia en el derecho penal actual*. Obtenido de <http://www.jussanjuan.gov.ar/escuelajudicial/index.php/publicaciones/53-i-seminario-de-actualizacion-y-capacitacion-/404-la-problematika-de-la-reincidencia-en-el-derecho-penal-actual>
- Grassi, I. A. (15 de Junio de 2012). *La problemática de la reincidencia en el derecho penal actual*. Obtenido de <http://www.jussanjuan.gov.ar/escuelajudicial/index.php/publicaciones/53-i-seminario-de-actualizacion-y-capacitacion-/404-la-problematika-de-la-reincidencia-en-el-derecho-penal-actual>
- Jakobs, G. (2004). *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente, ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio (trad., por Manso Porto, Teresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jiménez, L. (1995). *Lecciones de Derecho Penal: reincidencia y habitualidad*. México: Pedagógica Iberoamericana.
- Larragliata, Á. (1963). *Contribución al estudio de la reincidencia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ley 29570. (25 de Junio de 2010). *Ley que amplía la inaplicabilidad de Beneficios Penitenciarios de Semilibertad y de Liberación Condicional*. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/5378ADC6D441CFE9052577BD00740E0D/\\$FILE/Ley\\_29570.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/5378ADC6D441CFE9052577BD00740E0D/$FILE/Ley_29570.pdf)
- LEY N° 28726. (17 de Agosto de 2001). *LEY QUE INCORPORA Y MODIFICA NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 460, 480, 550, 4400 Y 4440 DEL CÓDIGO PENAL, Y EL ARTÍCULO 1350 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL*. Lima Perú. Obtenido de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080616\\_93.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_93.pdf)
- Martínez de Zamora, A. (1971). *La reincidencia. Publicaciones de la Universidad de Murcia*. Murcia: Pensadores.
- Mir Puig, S. (1974). *La reincidencia en el Código Penal*. Barcelona: Bosch.
- OEA. (16 de Diciembre de 1966). *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*

-*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=189&IID=2>

Pizzorusso. (22 de Marzo de 2014). *La Ley en el Perú*. Obtenido de <http://laleyenelperu.blogspot.pe/2014/03/reincidencia-y-habitudinalidad.html>

PLDV, P. D. (2009). *Estrategias innovadoras para la prevención de la reincidencia*. España: La Ley.

Rodríguez. (2007). *Código Penal comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley.

Salazar, M. J. (05 de Noviembre de 2007). *Sentencia Del Tribunal Constitucional* . Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03938-2007-AA.pdf>

TEDH. (15 de Mayo de 2014). *Tribunal Europeo de derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm>

Tiedemann. (22 de Marzo de 2003). *La Ley en el Perú*. Obtenido de <http://laleyenelperu.blogspot.pe/2014/03/reincidencia-y-habitudinalidad.html>

Zabala, M. (2005). *La reincidencia como circunstancia agravante de la punibilidad y su relación con el principio de culpabilidad y con las garantías que de él derivan*. Buenos Aires: USAL.

Zgaldía, E. (1993). *Fundamentos de Derecho pena*. Valencia: Tercera Edición.

## VI. ANEXOS

### Anexo N°01:

#### Corte Interamericana de Derechos Humanos

#### Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala

#### Sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)

En el caso *Fermín Ramírez*,

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte", "la Corte Interamericana" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces:

Sergio García Ramírez, Presidente;  
Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente;  
Oliver Jackman, Juez;  
Antônio A. Cançado Trindade, Juez;  
Cecilia Medina Quiroga, Jueza;  
Manuel E. Ventura Robles, Juez;  
Diego García-Sayán, Juez; y  
Arturo Alfredo Herrador Sandoval, Juez *ad hoc*;

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario; y  
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta;

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") y con los artículos 29, 31, 56 y 58 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento"), dicta la siguiente Sentencia.

#### Conclusión

Como Juez *ad hoc* dejo constancia que el estudio, análisis y debate de este caso, produjo sentimientos encontrados en quienes en él participamos.

Tal y como consta en las actas que documentan la deliberación del presente caso, el mismo fue analizado contemplando todas las aristas posibles, reflejando la sentencia dictada, la preocupación unánime de la Corte porque el Estado de Guatemala respete en forma integral hasta el mínimo detalle los derechos humanos de sus habitantes, en el entendido que no por ello debe dejar de garantizar la seguridad pública de los mismos, siendo ese el más grande de los retos a superarse en un Estado de Derecho.

Como Juez *ad hoc* hago votos porque el Estado de Guatemala nunca más se sienta en el banquillo de los acusados de esta Corte por implementar políticas institucionales de acoso, persecución o violación sistemática de los derechos humanos de sus habitantes y que este tipo de casos, en donde las violaciones ocurridas son producto, no de la intencionalidad sino de la imperfecta observancia hasta el mínimo detalle de las formalidades procesales establecidas, se reduzcan a su mínima expresión como producto de la diligencia, eficiencia y eficacia de sujetos procesales y operadores de justicia que corrijan de los mismos.

El considerar que esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación a Fermín Ramírez, demuestra la estatura jurídica y visión equitativa de los Honorables Jueces permanentes que conocieron el presente caso de lo cual como Juez *ad hoc* me congratulo.

**Anexo N°02:**  
**EXP. N.º 0014-2006-PI/TC**

0014-2006-AI	<a href="http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2006-AI">http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2006-AI</a>
<p>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO JURISDICCIONAL 0014-2006-PI/TC</p> <p><b>SENTENCIA</b> <b>DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL</b> <b>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</b></p> <p>De 19 de enero de 2007</p> <p><b>PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD</b> Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima c. Congreso de la República</p> <p><b>Síntesis:</b> Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N.º 28726, Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46º, 48º, 55º, 440º y 444º del Código Penal, artículo 135º del Código Procesal Penal.</p> <p>Magistrados firmantes:</p> <p><b>LANDA ARROYO</b> <b>GONZALES OJEDA</b> <b>ALVA ORLANDINI</b> <b>MESÍA RAMÍREZ</b></p>	

<b>EXP. N.º 0014-2006-PI/TC</b> <b>LIMA</b> <b>COLEGIO DE ABOGADOS</b> <b>DEL CONO NORTE</b> <b>DE LIMA</b>											
<b>SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</b>											
<p>En Lima, a los 19 días del mes de enero de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, del magistrado Vergara Gotelli, y el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Alva Orlandini.</p>											
<p><b>I. ASUNTO</b></p> <p>Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N.º 28726, que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal.</p>											
<p><b>II. DATOS GENERALES</b></p> <table style="width: 100%;"><tr><td style="width: 40%;">Tipo de proceso</td><td style="width: 60%;">: Proceso de inconstitucionalidad.</td></tr><tr><td>Demandante</td><td>: Decano del Ilustre Colegio de Abogados Del Cono Norte de Lima.</td></tr><tr><td>Disposición sometida a control</td><td>: Ley N.º 28726.</td></tr><tr><td>Disposiciones constitucionales</td><td>: Artículo 139º, inciso 3 de la Constitución.</td></tr><tr><td>Petitorio</td><td>: Se declare la inconstitucionalidad de todos los extremos de la Ley N.º 28726, debiendo extenderse los efectos de la inconstitucionalidad a la Ley N.º 28730.</td></tr></table>		Tipo de proceso	: Proceso de inconstitucionalidad.	Demandante	: Decano del Ilustre Colegio de Abogados Del Cono Norte de Lima.	Disposición sometida a control	: Ley N.º 28726.	Disposiciones constitucionales	: Artículo 139º, inciso 3 de la Constitución.	Petitorio	: Se declare la inconstitucionalidad de todos los extremos de la Ley N.º 28726, debiendo extenderse los efectos de la inconstitucionalidad a la Ley N.º 28730.
Tipo de proceso	: Proceso de inconstitucionalidad.										
Demandante	: Decano del Ilustre Colegio de Abogados Del Cono Norte de Lima.										
Disposición sometida a control	: Ley N.º 28726.										
Disposiciones constitucionales	: Artículo 139º, inciso 3 de la Constitución.										
Petitorio	: Se declare la inconstitucionalidad de todos los extremos de la Ley N.º 28726, debiendo extenderse los efectos de la inconstitucionalidad a la Ley N.º 28730.										