



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAMELICA

(Creada por Ley N° 25265)

ESCUELA DE POSGRADO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIDAD DE POSGRADO

TESIS

**“REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y FIN RESOCIALIZADOR
DE LA PENA, EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE
MENOR DE EDAD, A PROPOSITO DEL EXPEDIENTE 689-2012
DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUANCAMELICA”**

LINEA DE INVESTIGACION: DERECHO PUBLICO

PRESENTADO POR:

Bach: CAROLINA COLQUEPISCO MEDINA

**PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN:
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

MENCIÓN: DERECHO PENAL

HUANCAMELICA –PERU

2019



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAMELICA
(Creado por Ley N° 25265)

ESCUELA DE POSGRADO

(APROBADO CON RESOLUCIÓN N° 736-2005-ANR)

UNIDAD DE POSGRADO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION Y LA IMPUNIDAD"

005-2019

ACTA DE SUSTENTACIÓN

Ante el Jurado conformado por los docentes: Dr. Del CARMEN IPARRAGUIRRE, Denjiro Felix, Mg. PEREZ VILLANUEVA, Job Josué, y Mtro. MAMANI MACHACA, Victor Roberto.

De conformidad al Reglamento único de Grados y Títulos de la Universidad Nacional de Huancavelica, aprobado mediante Resolución N° 330-2019-CU-UNH y ratificado con Resolución 378-2019-CU-UNH.

El candidato para el Grado de Maestro en Derecho y Ciencias Políticas con mención en Derecho Penal.

COLQUEPISCO MEDINA, Carolina, procedió a sustentar la tesis titulada "REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA, EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD, A PROPÓSITO DEL EXPEDIENTE 689-2012 DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUANCAMELICA".

Luego de haber cursado la primera y segunda etapa (preguntas de los jurados), se dio por concluido al ACTO de sustentación, realizándose la deliberación y calificación, resultando:

Con el calificado

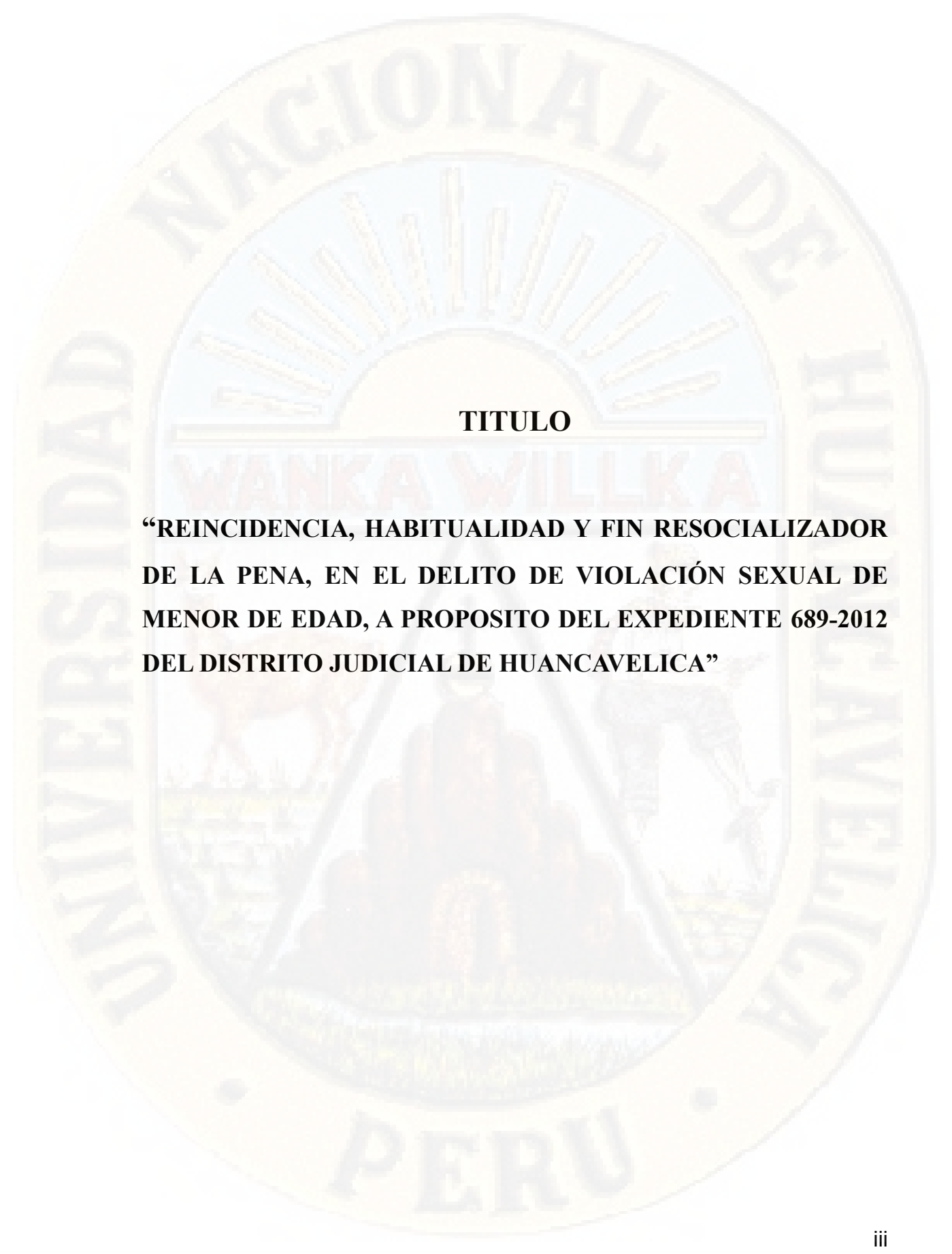
Marbado
.....
Mamani Machaca
.....

Y para constancia se extiende la presente ACTA, en la ciudad de Huancavelica, a horas...19:00...a los ...23... días del mes de ...octubre... del año 2019.

Del Carmen Iparraguirre
.....
DR. DEL CARMEN IPARRAGUIRRE, DENJIRO FELIX
PRESIDENTE (JURADO).

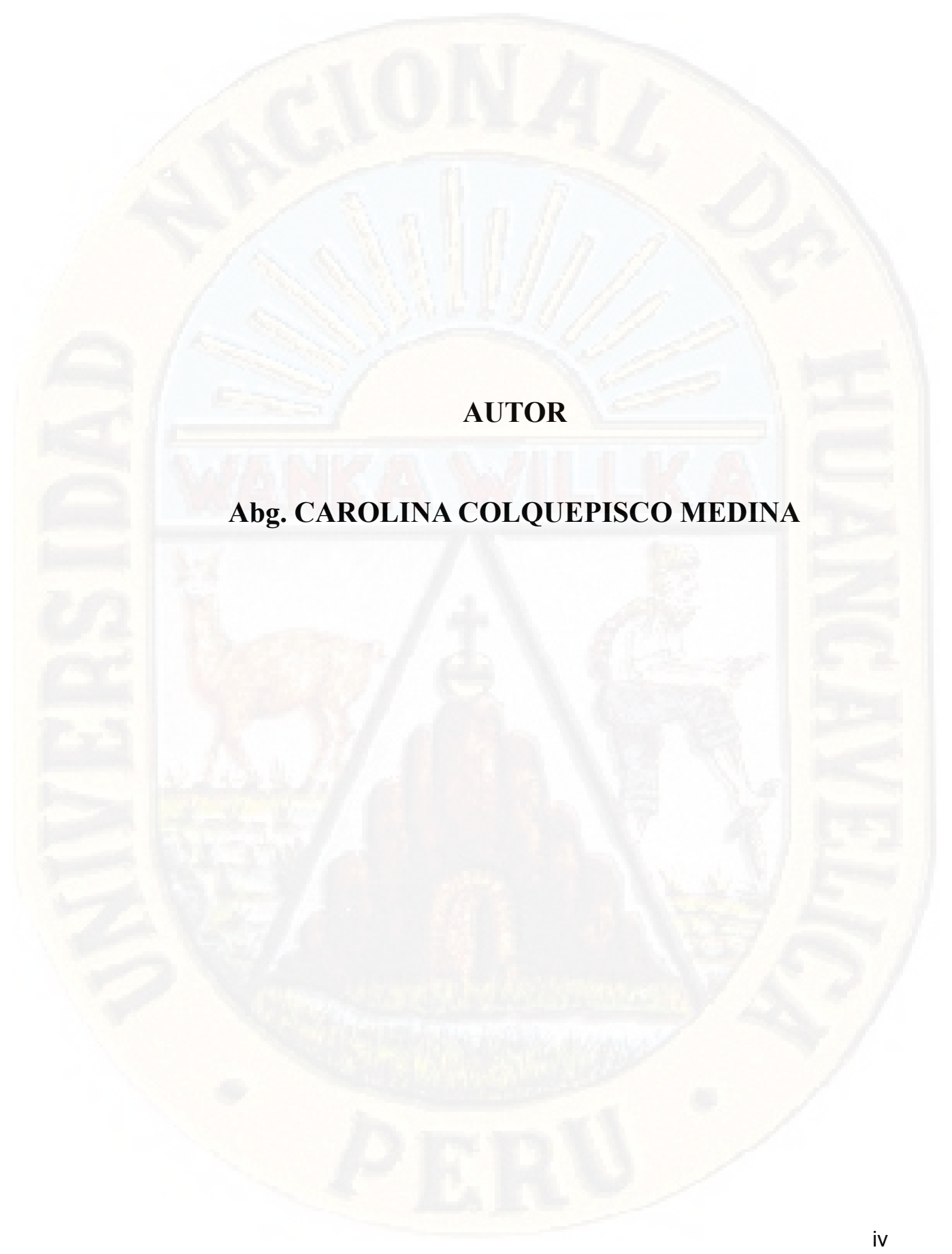
Perez Villanueva
.....
Mg. PEREZ VILLANUEVA, Job Josue
SECRETARIO (JURADO)

Mamani Machaca
.....
Mtro. MAMANI MACHACA, Victor Roberto
VOCAL JURADO (Accesitario)



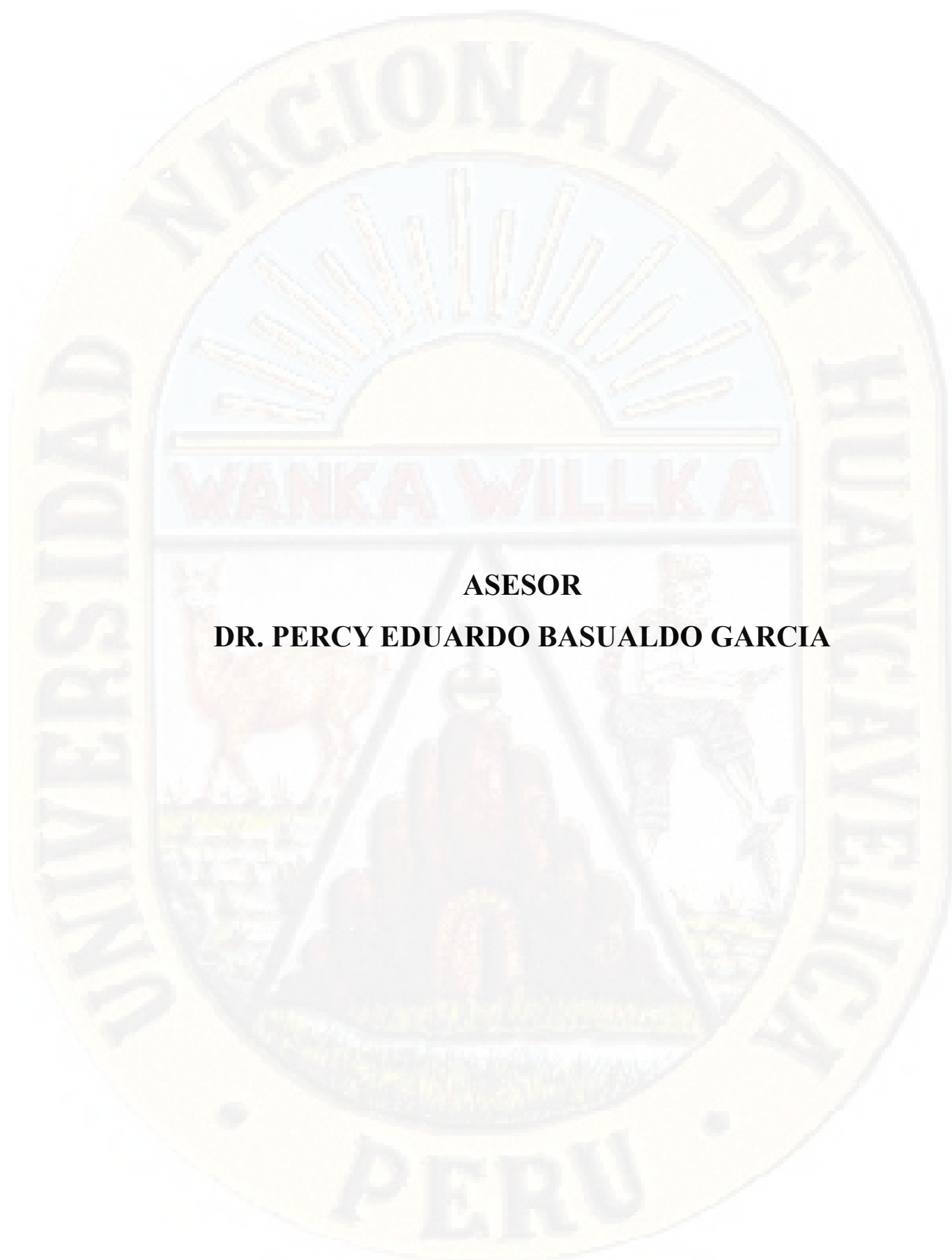
TITULO

**“REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y FIN RESOCIALIZADOR
DE LA PENA, EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE
MENOR DE EDAD, A PROPOSITO DEL EXPEDIENTE 689-2012
DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUANCABELICA”**



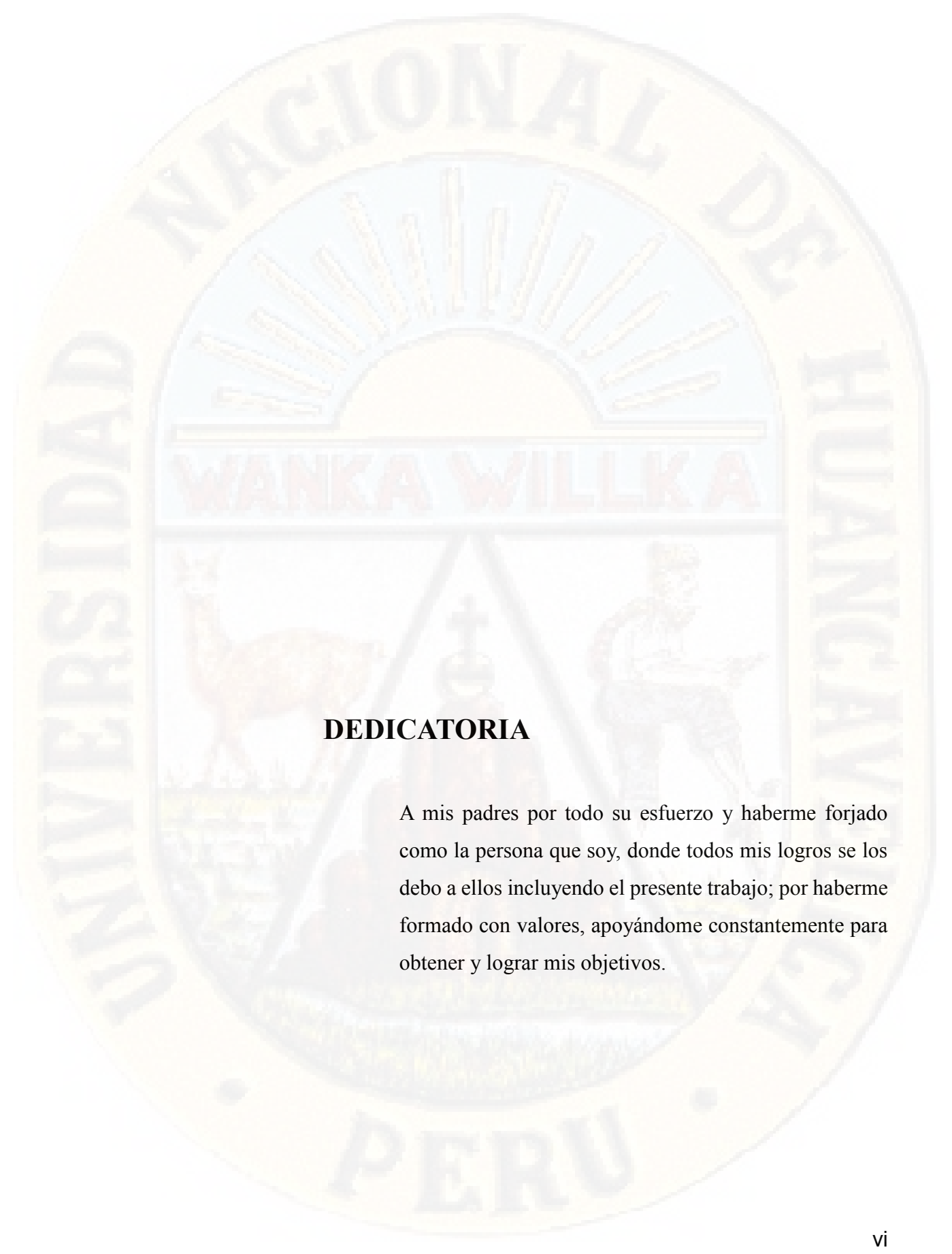
AUTOR

Abg. CAROLINA COLQUEPISCO MEDINA



ASESOR

DR. PERCY EDUARDO BASUALDO GARCIA



DEDICATORIA

A mis padres por todo su esfuerzo y haberme forjado como la persona que soy, donde todos mis logros se los debo a ellos incluyendo el presente trabajo; por haberme formado con valores, apoyándome constantemente para obtener y lograr mis objetivos.

INDICE

TITULO	iii
DEDICATORIA	vi
INDICE	vii
TABLA DE GRAFICO	xi
TABLA DE FIGURAS	xii
RESUMEN.....	xiii
ABSTRAC.....	xv
INTRODUCCIÓN.....	xvii

CAPITULO I PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	18
1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA.....	22
1.2.1. Problema General.....	22
1.2.2. Problemas Específicos.....	22
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	22
1.3.1. Objetivo General.....	22
1.3.2. Objetivos Específicos.....	22
1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.....	23
1.4.1. Teórica.....	23
1.4.2. Práctica.....	23
1.4.3. Social.....	24
1.4.4. Metodológico.....	24
1.4.5. Importancia.....	24

CAPITULO II MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.	26
2.1.1.A Nivel Internacional.	26
2.1.2.A Nivel Nacional.	28
2.1.3.Nivel Regional y Local.....	29
2.2. BASES TEÓRICAS.	29
2.2.1.Antecedentes Históricos	29
2.2.2.Circunstancias en reincidencia.....	33
2.2.2.1. La reincidencia como circunstancia agravante.	33
2.2.2.2. La reincidencia como circunstancia atenuante.	33
2.2.3.Reincidencia y Habitualidad.	34
2.2.3.1. Clases de reincidentes.	35
2.2.3.2. Fundamento de la reincidencia.....	35
2.2.3.3. Requisitos para la reincidencia.....	36
2.2.3.4. Reincidencia en la legislación peruana.	36
2.2.3.5. Tipos de reincidencia.	44
2.2.4.El Tribunal Constitucional: Reincidencia Y Habitualidad.	45
2.2.5.Antecedentes normativos comparativos en Latinoamérica de reincidencia y habitualidad.....	50
2.2.5.1. En México	51
2.2.5.2. En Argentina.....	52
2.2.5.3. En España	53
2.2.5.4. En Ecuador.	53
2.2.6.Reincidencia en legislación comparada: España, Italia y Argentina.	56
2.2.7.Antecedentes normativos comparativos de reincidencia en debate legislativo (Reforma penal en España de 1995)	59

2.2.8. Antecedentes normativos comparativos en la reincidencia como agravante, en la discusión doctrinaria, se echa en falta un estudio que recoja las diferentes opiniones que se han vertido recientemente sobre el mantenimiento de la agravante de reincidencia.	65
2.2.9. Antecedentes normativos comparativos en el fundamento de la reincidencia en la doctrina española.	71
2.2.10. Reincidencia y habitualidad confrontado al derecho penal del enemigo.	77
2.2.11. Apuntes conceptuales del tribunal constitucional peruano de reincidente y habitual, principio resocializador de la pena, culpabilidad y proporcionalidad.	78
2.2.12. Fin resocializador de la pena.	88
2.3. DEFINICION DE TERMINOS.	91
2.3.1. Reincidencia.	91
2.3.2. Habitualidad.	93
2.3.3. Efecto o circunstancia agravante de la pena.	93
2.3.4. Efecto o circunstancia atenuante de la pena.	93
2.3.5. Principio de culpabilidad.	94
2.3.6. Resocialización del penado.	94
2.3.7. Medidas de seguridad.	96
2.3.8. Derecho, personalidad y pena resocializadora.	96
2.3.9. Prognosis punitiva.	97
2.3.10. Violación sexual de menor de edad (pedofilia).	98
2.4. HIPÓTESIS.	102
2.4.1. Hipótesis General.	102
2.4.2. Hipótesis Específicos.	102
2.5. IDENTIFICACION DE VARIABLES.	102
2.5.1 Variable Independiente (VI)	102
2.5.2 Variable Dependiente (VD)	103

CAPITULO III METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.	TIPO DE INVESTIGACIÓN.	104
3.2.	NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	104
3.3.	MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.	104
3.4.	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	105
3.5.	POBLACION, MUESTRA, MUESTREO.....	105
3.5.1.	Población	105
3.5.2.	Muestra	105
3.6.	TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS.....	105
3.6.1.	Técnicas.	105
3.6.2.	Instrumentos.	105
3.7.	TECNICAS DE PROCESAMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS.....	106
3.8.	VALIDEZ DEL CUESTIONARIO DE ENCUESTA.....	106

CAPITULO IV PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

4.1.	PRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS.....	109
4.2.	ESTIMACIÓN DE LA RELACIÓN DE VARIABLES.	118
4.3.	PROCESO DE PRUEBA DE HIPÓTESIS.....	120
4.4.	DISCUSIÓN DE RESULTADOS	121
	CONCLUSIONES.....	124
	RECOMENDACIONES.....	126
	REFERENCIA BIBLIOGRÀFICA.....	127
	ANEXOS	132

TABLA DE GRAFICO

Tabla 1	Análisis de informes de expertos para el instrumento de medición.	106
Tabla 2	¿En qué dependencia labora Ud.?	109
Tabla 3	¿Ud. considera que el efecto resocializador en la reincidencia y habitualidad, es una institución jurídica positiva para el sentenciado?	110
Tabla 4	¿Ud. considera que existe vulneración de derechos integrales relacionados al fin resocializador de la pena, con la aplicación de la reincidencia y la habitualidad?	111
Tabla 5	¿Ud. considera que los factores socio - políticos influyen para la adecuada sanción penal respecto a la reincidencia y habitualidad?	112
Tabla 6	¿Ud. considera que existe relación directa entre prognosis de la pena y su efecto re-socializador?	112
Tabla 7	¿Ud. considera que existe en los fundamentos de la pena bases de resocializar al penado?	113
Tabla 8	¿Ud. considera que es un derecho la resocialización del penado?	114
Tabla 9	¿Ud. considera que es un deber del Estado resocializar al penado?	114
Tabla 10	¿Ud. considera que existe relación de causa – fin entre privación de libertad y resocialización?	115
Tabla 11	¿Ud. considera que es efectivo incrementar el tiempo de la pena por reincidencia y habitualidad a fin de lograr la resocialización del penado?	116
Tabla 12	¿Ud. considera que el incremento de las penas por motivo de aplicar reincidencia y habitualidad son por razones de clamor socio - político?	117
Tabla 13	¿Ud. considera que es necesario extender el tiempo de la pena a fin de lograr una resocialización óptima del penado: a mayor tiempo mejor resocialización?	118

TABLA DE FIGURAS

fuelle 1 <i>Tabla 1.</i>	109
fuelle 2 <i>Tabla 2.</i>	110
fuelle 3 <i>Tabla 3.</i>	111
fuelle 4 <i>Tabla 4.</i>	112
fuelle 5 <i>Tabla 5.</i>	113
fuelle 6 <i>Tabla 6.</i>	113
fuelle 7 <i>Tabla 7.</i>	114
fuelle 8 <i>Tabla 8.</i>	115
fuelle 9 <i>Tabla 9.</i>	115
fuelle 10 <i>Tabla 10.</i>	116
fuelle 11 <i>Tabla 11.</i>	117
fuelle 12 <i>Tabla 12.</i>	118
Fuelle 13 Gráfico 1 <i>Diagrama de dispersión de la correlación por rangos de Spearman.</i>	119
fuelle 14 Gráfico 2 <i>Diagrama de densidad de la distribución t de student.</i>	121

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo, determinar si la aplicación de la reincidencia y habitualidad, tienen efectos de cumplimiento del fin resocializador de la pena; es decir, si las políticas punitivas de nuestro Estado, ha razonado lo suficiente respecto a que si los ingredientes de la reincidencia y habitualidad en el supuesto individualizado del actor del delito, van a coadyuvar en los fines en concreto de la resocialización de éste, o se desea cumplir otros presupuestos, como el efecto de incrementar la pena y su relación con el fin de la pena. Por lo que, tendremos que describir los fundamentos de aplicar el quantum de la pena los efectos de reincidencia y habitualidad, este aspecto procesal tendrá que evaluarse en la posibilidad de agredir derechos integrales relacionados con el fin resocializador de la pena, siendo de necesidad desarrollar dogmática jurídica que refieren que el fin resocializador de la pena, busca en el penado revalorar su conducta, a fin de presentarlo a la sociedad como un hombre reformado, la realidad es que la reincidencia y habitualidad subsisten en nuestro actual sistema, no se ha podido desanimar tal conducta repetitiva mediante elevación del quantum de la pena entonces creemos que son los factores socio-políticos, por los que se posibilita la adecuación en nuestro sistema punitivo las figuras de reincidencia y habitualidad.

El presente trabajo utilizó el tipo de investigación aplicada, nivel de investigación descriptivo – explicativo, método de investigación: exegético, sistemático y sociológico, con un diseño no experimental – transversal, para el mismo hemos tomado como muestra el Expediente 689-2012 del Distrito Judicial de Huancavelica, en materia penal en desarrollo el caso de violación de menor de edad, donde se dan los supuestos a averiguar y que conforman nuestro sistema de objetivos ya descritos, técnica de recolección de datos fue el análisis documental y como instrumento la ficha de registro de datos, la validación se realizó mediante el método conocido como juicio de expertos y la confiabilidad se realizó mediante el coeficiente de alfa de Cronbach, el procesamiento, análisis e interpretación de resultados se realizó siguiendo el proceso estadístico; resultados: se obtuvo un coeficiente de confiabilidad de 0.5?, por lo que el

instrumento de recolección de datos es aceptable; en el 100% del expediente revisado sobre la figura de reincidencia y habitualidad del delito de violación sexual de menor de edad se da la figura de habitualidad, en los principales fundamentos de aplicar en el quantum de la pena por los efectos de reincidencia y habitualidad no existe sustento del fin resocializador del iuspuniendi, que la figura de la habitualidad sólo sirve en justificación de lo extraordinario del quantum de la pena, se ha averiguado que no existe relación directa entre el fin resocializador de la pena, y la docimetría de la pena.

Los argumentos y fundamentos anexados al expediente revisado no engarzan una relación valorativa al incremento punitivo como parte de una resocialización, que en nuestro ámbito jurisdiccional peruano podemos afirmar que se merman derechos inherentes a la persona relacionados al fin resocializador de la pena, con la aplicación de la reincidencia y habitualidad

Nuestro sistema penal, viene fracasando en su fin resocializador, dado que se funda principalmente en factores socio-políticos, los que posibilita la adecuación de la reincidencia y habitualidad en la sanción penal.

Palabras claves: Reincidencia, habitualidad, resocialización, fines del iuspuniendi.

ABSTRAC

O presente trabalho de pesquisa tem como objetivo, determinar se a aplicação de reincidência e habitualidade, têm efeitos de cumprimento do fim ressocializador da punição, ou seja, se as políticas punitivas do nosso estado, tem raciocinado o suficiente quanto a saber se os ingredientes de reincidência e habitualidade no caso individualizado do ator do crime, ajudará nos propósitos específicos da ressocialização deste, ou se deseja cumprir outros orçamentos, como o efeito de aumentar a penalidade e sua relação com o fim da penalidades. Pelo que, teremos que descrever os fundamentos da aplicação do quantum da penalidade aos efeitos da reincidência e da habitualidade, este aspecto processual terá que ser avaliado na possibilidade de atacar direitos integrais relacionado com o fim ressocializador da penalidade, sendo necessário desenvolver dogmas jurídicos que remetam que o fim ressocializador da penalidade, procura no prisioneiro reavaliar sua conducta, a fim de apresentá-lo à sociedade como um homem reformado, a realidade é que a reincidência e a habitualidade subsistem em nosso sistema atual, não foi possível desencorajar esse comportamento repetitivo através da elevação do quantum da penalidade então nós acreditamos que são os fatores sócio-políticos, pelo qual é possível a adaptação em nosso sistema punitivo as figuras de reincidência e habitualidade.

O presente trabalho utilizou o tipo de pesquisa aplicada, nível de pesquisa descritiva - explicativo, método de pesquisa: exegético, sistemático e sociológico, com um desenho não experimental - transversal, para o mesmo tomamos como amostra o registro 689-2012 del Distrito Judicial de Huancavelica, Em matéria penal, o caso da violação do menor foi desenvolvido, onde estão as hipóteses a serem encontradas e que compõem o nosso sistema de objetivos já descritos, a técnica de coleta de dados foi a análise documental e como um instrumento a folha de registro de dados, a validação foi realizada usando o método conhecido como julgamento por especialistas e a confiabilidade foi feita pelo coeficiente alfa de Cronbach, o processamento, análise e interpretação dos resultados foram realizados seguindo o processo estatístico;

resultados: foi obtido um coeficiente de confiabilidade de 0,5?, de modo que o instrumento de recolha de dados é aceitável; em 100% do arquivo revisado sobre a figura de reincidência e habitualidade do crime de violação é dada a figura da habitualidade, nos principais fundamentos da aplicação no quantum da penalidade pelos efeitos de reincidência e habitualidade não há subsistência do fim ressocializador do iuspuniendi, que a figura da habitualidade só serve na justificação do extraordinário do quantum da penalidade, verificou-se que não há relação direta entre o fim ressocializador da pena, e a dosimetria da penalidade.

Os argumentos e fundamentos anexados ao arquivo revisado não vinculam uma relação de valor ao aumento punitivo como parte de uma ressocialização, que em nosso âmbito jurisdicional peruano podemos afirmar que os direitos inerentes à pessoa são reduzidos em relação ao fim ressocializador da penalidade, com a aplicação de reincidência e habitualidade.

Nosso sistema criminal, vem fracassando no seu fim ressocializador, já que se baseia principalmente em **fatores sociopolíticos**, os que possibilitam a adequação da reincidência e habitualidade na sanção penal.

Palavras chaves: Reincidência, habitualidade, ressocialização, fins do iuspuniendi.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación presenta y explica acerca de la “REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA, EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD, A PROPOSITO DEL EXPEDIENTE 689-2012 DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUANCAMELICA”. Esta investigación demostró que la resolución escogida, no ha logrado establecer en sus motivaciones, una justificación coherente entre el incremento de la dosimetría de la pena (a propósito de la habitualidad del agente activo), y el fin resocializador de dicha pena aumentada, concluyéndose entonces que en política criminal, las penas en torno a la reincidencia y habitualidad, responden a factores socio-políticos, es decir de presión social, no así a necesidad de justificación de la pena.

El presente trabajo de investigación se divide en IV capítulos: en el capítulo I se presenta el planteamiento del problema, formulación de los problemas, objetivos y justificación, viabilidad y limitaciones; en el capítulo II se presenta las bases teóricas, hipótesis, definición de términos, identificación de variables y operacionalización de variables; en el capítulo III se presenta la metodología de investigación que se utilizó como: ámbito de estudio, tipo de investigación, nivel de investigación, método y diseño de investigación, población, muestra y muestreo, la técnica, análisis e interpretación de los datos recolectados; en el capítulo IV se presentan los resultados obtenidos como: presentación, análisis e interpretación de resultados, prueba de hipótesis, discusión de resultados. Para finalmente ofrecer las conclusiones, recomendaciones, referencias bibliográficas y anexos.



CAPITULO I

PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Para (VELASQUEZ, Fernando, 2007) “No se valora el Injusto ni la Culpabilidad, si no, la vida pasada del autor y su buena conducta”, frase que acierta una discusión entre determinación judicial de la pena de modo técnico-legal del empleo de la pena con fines simbólicos, demagógicos o coyunturales (ORE SOSA, Eduardo, 2013).

Injusto y Culpabilidad son instituciones del devenir histórico del iuspuniendi del Estado moderno, a fin de evaluar la existencia del tipo in abstracto en los hechos que realmente ocurren en la realidad, hechos y tipo penal, deberán coincidir además con que ese movimiento externo que modifica la realidad, sea el deseado por el autor, y que éste además concluya que todas sus aptitudes de madurez y psíquicas sean las adecuadas, adicionando las circunstancias y contexto de realidad, solo entonces estaremos frente a la existencia del tipo penal, y por ende expedito a realizar una prognosis de la pena individual al caso concreto, esto ya

no es in abstracto. Es aquí, donde el juzgador en nuestro sistema deberá entre otros verificar los sucesos que encierran reincidencia y habitualidad del procesado, esto es los antecedentes delictivos, asunto que ya no sirve como hechos objetivos de la existencia de una persona pro delictum, o inclinada al delito, sino como ingrediente que ordena al juzgador a dosificar una posible pena más allá del máximo establecido en el tipo penal. Así, el reincidente y habitual agrava sus penas por encima al tercio y mitad respectivamente de la pena máxima fijada en el tipo penal¹. Dejamos aquí, al Reincidente y Habitual entonces a cumplir con la respuesta a su habilidad de sus delitos.

Sin embargo, éste ius puniendi no deja al reo en cárcel al simple cumplir con su responsabilidad de sus delitos, ello sería solo una venganza que el paso del tiempo involucionaría al delincuente hasta hacerlo muy primario, y por ende, esto sería una exclusión social vana, por lo que el Estado diseñó lo que en política criminal se conoce como el fin resocializador de la pena², es decir que la prognosis de la pena establecida por el juzgador, es más que suficiente (por no decir exacto) en tiempo y espacio a fin de que el sentenciado, deba de ser guiado por formas de resocialización, durante la privación de su libertad de locomoción. Así funciona³ la Pena de privar la libertad, como facultad estatal en un estado de derecho.

En todo caso, esto de privar la libertad va aparejada con un fin positivo para el sentenciado, esto es el contenido de su resocialización, que en materia de ejecución penal, establece objetivos en el penado, esto es presentarlo al final de su encierro, a la sociedad que legalmente lo excluyó, reeducado, rehabilitado y

¹Art. 46 a y 46 b Código Penal

²Art. IX Tit.Prel. Código Penal;

³No es intención discutir en este apartado, si funciona o no el ideal planteado con el tema del *–fin resocializador–* de la pena, si esto solo es una *–declamación teórica–* respecto al cumplimiento *in situ* del derecho de ejecución penal, quien debería de *entregar* al presidario, digamos, ya resocializado al término del cumplimiento de la prognosis punitiva.

expedito a ser reincorporado al mismo ⁴. A decir del D.S. 015-2003-JUS, en su artículo 97: «El tratamiento penitenciario es un conjunto de actividades encaminadas a lograr la modificación del comportamiento del Interno, con el fin de resocializarlo y evitar la comisión de nuevos delitos.» No discutiremos en estas líneas introductorias, si esto es así en la realidad objetiva, solo apuntamos que esto es lo que a derecho y construcción en política criminal se vienen ejecutando como parte de un estado de derecho.

Creemos que nuestro sistema penal muchas veces establece instituciones contradictorias, o que existen antítesis entre éstos, siendo entonces nuestra preocupación que titulamos «REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA».

Previamente, a enunciar nuestro problema, consideramos importante hacer propio de esta investigación los cuestionamientos fundados por el Profesor Eduardo Ore Sosa⁵:

«¿Cuáles son los efectos “beneficiosos” que acarrea un mayor tiempo en prisión?... ¿Qué buscamos cuando encerramos a un hombre en un establecimiento penitenciario? ..., ¿Qué pretendemos conseguir cuando encerramos a un ser humano bajo los cuatro muros de una prisión? Vista la realidad, nada que se aproxime a una finalidad preventiva. Y quien vea en ella –en la pena, sobre todo la pena privativa de libertad– no más que simple retribución, debe asumir que el juicio de desaprobación por el injusto cometido no puede prescindir de la proporcionalidad de la sanción.»

Precisamente, el efecto resocializador ¿se optimizará por un mayor tiempo en prisión?⁶. Si el Reincidente y Habitual, como persona, se –supone– reinsertado

⁴Art. 60 Código de Ejecución Penal. Const. artículo 139°, inciso 22

⁵Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Piura, de Maestría en Derecho Penal de la PUCP. ob. Cit. Pág. 15.

⁶El efecto de reincidente y habitual de modo agravante, o vía agravación de la pena más allá del tipo penal, esto es el plus de más un tercio y mitad de la pena máxima

a la sociedad a propósito de cumplir con su primera y segunda prognosis de pena privativa de libertad, éste habría ya cumplido con el estado de derecho, en toda la extensión que supone nuestro sistema penal. Entonces, la agravación punitiva que establece su condición de reincidente y habitual es sin duda diferente al fin resocializador de la pena y a los objetivos de ejecutarlo, entonces esta agravación respondería a lo anotado líneas arriba, esto es, el empleo de la pena con fines simbólicos, demagógicos o coyunturales, es decir a factores socio-políticos coyunturales. En Resumen, es una simple retribución estatal al que porfía e insiste en delinquir, como motiva sentencia de la Corte Constitucional Colombiano (MP Alfredo Beltran Sierra, 2005):

«... no significa que se condene dos veces por la misma conducta, ya que se trata de hechos nuevos cometidos por el mismo infractor, quien, a pesar de conocer los posibles efectos de sus acciones, trasgrede nuevamente el ordenamiento, sin importarle la sanción (...)» [subrayado nuestro]

El Juez Constitucional peruano por su parte establece la viabilidad de la agravación punitiva estatal por habitualidad y reincidencia, afirmando retribución estatal, así:

«Y es que no debe olvidarse que la reeducación, la reincorporación y la resocialización, previstas en el artículo 139º, inciso 22, no son los únicos fines de la pena, como se ha señalado en el fundamento 13 de la presente sentencia, sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos, tal como manda el artículo 44º de la Constitución.» (Pleno Jurisicional, Fund. 52, 2006)

Olvidándose el artículo constitucional siguiente, el 45, prescribe que el poder estatal quienes lo «(...) ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.»⁷. Creemos que, las limitaciones de

⁷Constitución Política del Perú (1993), art. 45

la acción estatal referida a los derechos inherentes a la persona, como es el derecho de ser resocializado, no contradice a la protección de la seguridad de los ciudadanos, la agravación punitiva no garantiza esa protección.

1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA.

1.2.1. Problema General.

¿Cuál es el efecto resocializador de aplicar la reincidencia y habitualidad, en el quantum de la pena?

1.2.2. Problemas Específicos.

- a. ¿Cuáles son los fundamentos de aplicar en el quantum de la pena los efectos de la reincidencia y habitualidad?
- b. ¿Qué derechos integrales relacionados al fin resocializador de la pena, se merman con la aplicación de la reincidencia y habitualidad?
- c. Si se establece que el fin resocializador de la pena, busca en el penado revalorar su conducta, y presentarlo a la sociedad como un hombre reformado. Al existir reincidencia y habitualidad el primer supuesto no ha cumplido su fin, error del sistema; entonces:

¿Son los factores socio-políticos, por los que se posibilita la adecuación de la reincidencia y habitualidad en la sanción penal?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.3.1. Objetivo General.

Evaluar cuál es el efecto resocializador de aplicar la reincidencia y habitualidad, en el quantum de la pena.

1.3.2. Objetivos Específicos

- a. Evaluar los fundamentos de aplicar en el quantum de la pena los efectos de la reincidencia y habitualidad.

- b. Reconocer qué derechos integrales relacionados al fin resocializador de la pena, se merman con la aplicación de la reincidencia y habitualidad.
- c. Determinar los factores socio-políticos, por los que se posibilita la adecuación de la reincidencia y habitualidad en la sanción penal.

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.

1.4.1. Teórica.

La presente investigación propende a establecer la relación directa o indirecta que desarrolla los fines de la pena, junto a la finalidad de ejecución de la pena, en relación al efecto de dosificar el tiempo de privación de la libertad, y si dicho tiempo logra su resocialización como objetivo legal y final. De seguro, ésta discusión no es un descubrimiento teórico, dado que –generalmente– encontramos esta verdad histórica o real: «que el delincuente, reo en cárcel al final de su pena, egresa con un demérito en su proyecto de vida, el mismo que generalmente vuelve a cometer el mismo delito u otro», asunto que nuestra legislación lo cataloga como REINCIDENTE y HABITUAL, instituciones punitivas, que teóricamente ahondaremos, a propósito de su discusión y conclusión en éste aporte académico.

1.4.2. Práctica.

El efecto práctico, se dará al iniciar la discusión teleológica, si los fines que sustentan la agravación de la edad punitiva del penado tienen sintonía con las conclusiones de utilizar REINCIDENCIA y HABITUALIDAD, como factores que agravan la dosificación -plus- del tiempo punitivo del reo en cárcel, proponiendo en estas circunstancias, un debate que analizará de modo práctico su sinceramiento de la ley en esta preocupación (esto es resocialización del penado), ante los hechos concretos, del día a día, de la actividad del estado al ejecutar las decisiones punitivas temporales, los que sin duda arribarán en reformar, situaciones legales, al concluir la existencia de un desfase de la ideación de solución a un problema de incidencia delictiva, vía agravación de penal.

1.4.3. Social.

Sin duda, la REINCIDENCIA y HABITUALIDAD del actor de la delincuencia, es un problema social, la misma que establece un desprecio por el orden y valores positivos de una sociedad actual, la que se trastoca la concepción de persona ciudadano y persona disidente, los primeros exigen penalidades elevadas en el tiempo en prisión, El Disidente por su parte, establece que no hay otro modo de vida o no entiende las -otras-formas de vida, problema social que no debería concluir siempre en agravar la acción punitiva estatal, mejor aún exigirse en el cumplimiento del objetivo del nuestro sistema punitivo, la resocialización del delincuente.

1.4.4. Metodológico.

La presente investigación coadyuva en comprender, que existen instituciones del derecho penal, que deben de aplicarse a los hechos concretos de relevancia penal, en sintonía con el sistema legal comprendida en los principios rectores del sistema penal. Para la búsqueda de conocimiento se hará uso de la técnica de la entrevista y se utilizará como instrumento la encuesta a los actores principales como son los Fiscales y Jueces.

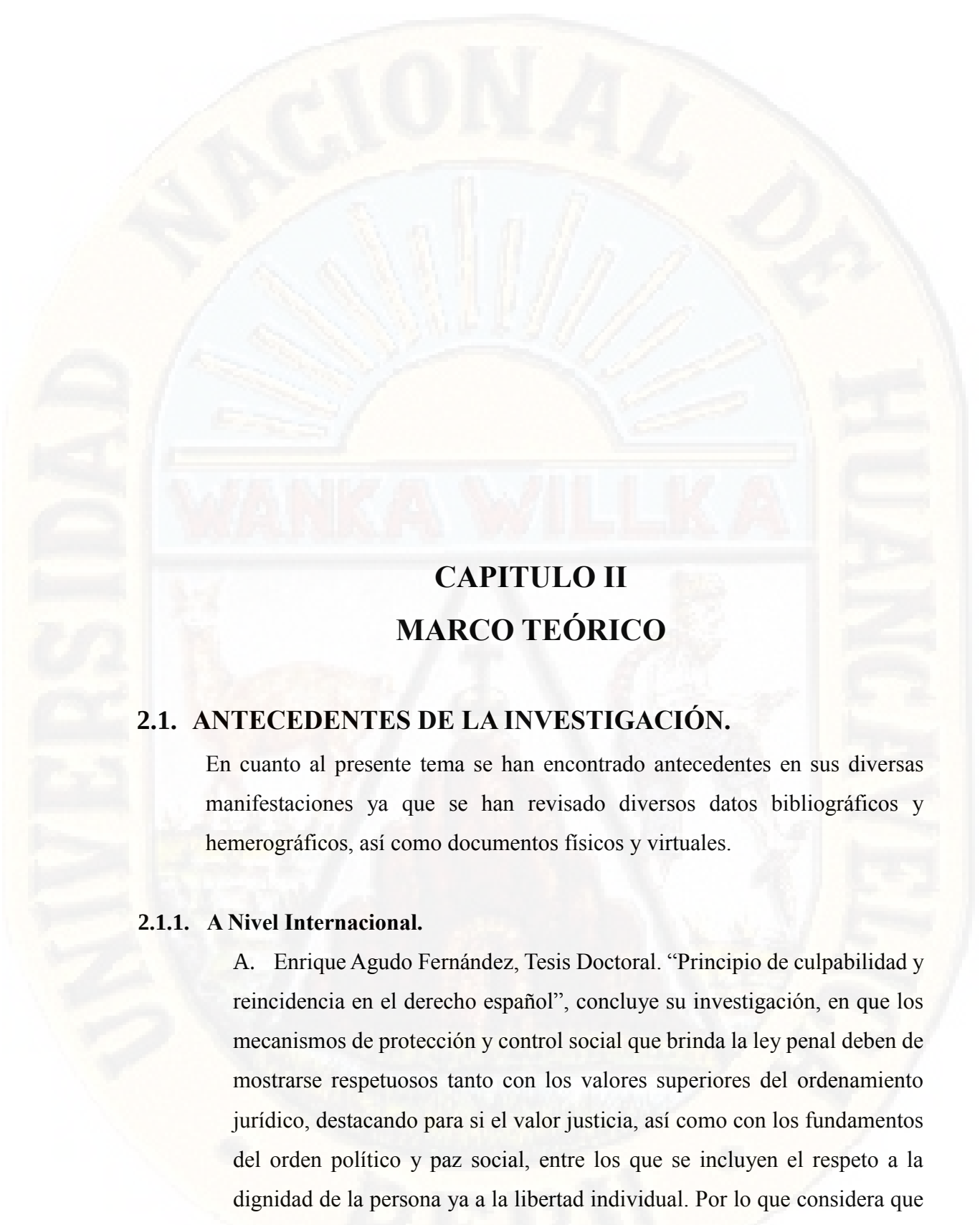
1.4.5. Importancia.

Existen opiniones opuestas, referido al tema de nuestro aporte, se viene estudiando la posibilidad de dejar de aplicar la agravante de la pena por aplicación de las instituciones penales de reincidencia y habitualidad, discusión que incluso en buena parte de nuestros académicos se vienen realizando, por apartarse del tema de agravar la pena privativa de libertad, aplicando reincidencia delictiva, como respuesta a un clamor social, del desaire delictivo que delinque y delinque.

Por su parte los académicos alemanes establecen la figura del “derecho penal del enemigo”⁸ en la misma no sólo se pondera la adecuación de agravar la prognosis de la pena, sino ir más allá, en tal sentido, incluso estos reincidentes y habituales al delito no deberían ser tratados como ciudadanos, sino enemigos del sistema pro-ciudadano. Estando nuestra realidad punitiva, en una doble ponderación⁹ una de tipo general que ejecuta una prognosis dentro del tipo penal del delito, la segunda específica o individualizada va más allá del tipo penal, estableciendo una edad penitenciaria fuera de lo ordenado en el tipo penal para el delito. Aquí, radica la importancia de nuestra preocupación académica, por lo que aportaremos al mundo académico del derecho, los supuestos normativos actuales en referencia al tema de investigación, a la luz de la dogmática y doctrina actual, los que servirán a los investigadores, legisladores y aplicadores del derecho a reconocer en nuestros aportes, fundamentos iniciales de reformas en sus tareas inherentes a su encargo y preocupación de aplicación del derecho, en todo caso se justifica su importancia, a fin de desarrollar el presente proyecto.

⁸Derecho penal del enemigo es la expresión acuñada por Günther Jakobs en 1985, para referirse a las normas que en el Código Penal alemán (Strafgesetzbuch o StGB) sancionaban penalmente conductas, sin que se hubiere afectado el bien jurídico, pues ni siquiera se trataba del inicio de la ejecución. Estas normas no castigan al autor por el hecho delictivo cometido. Castigan al autor por el hecho de considerarlo peligroso. Tomado el 12-10-2016 a las 00:17 de: https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_penal_del_enemigo

⁹Cód. Penal peruano, Artículo 46, Ponderación General y Artículos 46b y 46 c, Ponderación específica.



CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

En cuanto al presente tema se han encontrado antecedentes en sus diversas manifestaciones ya que se han revisado diversos datos bibliográficos y hemerográficos, así como documentos físicos y virtuales.

2.1.1. A Nivel Internacional.

A. Enrique Agudo Fernández, Tesis Doctoral. “Principio de culpabilidad y reincidencia en el derecho español”, concluye su investigación, en que los mecanismos de protección y control social que brinda la ley penal deben de mostrarse respetuosos tanto con los valores superiores del ordenamiento jurídico, destacando para si el valor justicia, así como con los fundamentos del orden político y paz social, entre los que se incluyen el respeto a la dignidad de la persona ya a la libertad individual. Por lo que considera que la agravación de la pena que como fundamento último atiende a una determinada tendencia de la personalidad del autor puesta en manifiesto a

través de su hoja histórico penal, sin conexión alguna con el concreto delito cometido, que en sí mismo puede ser idéntico al de un reo primario, sino resulta incompatible con el principio de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho, sino que desconoce los valores y principio constitucionales que lo sustentan. Dice, que en vez de castigar más duramente al reincidente debió de escoger por la prevención de la recaída a través de las medidas de seguridad. Opinión que hacemos nuestra, dado que una conducta que –no entiende- valores positivizados, ya no es una conducta torcida, sino un problema más allá de la conducta.

B. Claudia Patricia Rodríguez Rincón. Tesis de Maestría en Derecho Penal “La Reincidencia Delictiva De Adolescentes En El Circuito Judicial De Tunja –Colombia”, Universidad Santo Tomás – Colombia. Su aporte académico concluye: Primero: Que, en Colombia, como resultado de la aplicación de los lineamientos internacionales y de la evolución normativa, prevalece la doctrina de la protección integral surgiendo como consecuencia de lo anterior una Justicia Penal especializada para adolescentes. El principio de interés superior del niño, da origen al principio educativo del derecho penal de adolescentes, sin embargo, no se debe olvidar que este, aun con la influencia del principio educativo, es derecho penal, y no derecho social. Segundo: es la fijación de la sanción penal para adolescentes además de la determinación de la culpabilidad del adolescente, prima la aplicación del principio educativo, que refleja criterios de prevención especial, positiva. Qué, es necesario, además, dado el alto índice de reincidencia delictiva, se requiere el desarrollo de medios efectivos de control de los resultados de las medidas aplicadas a los adolescentes. Tercero: afirma que la educación, para los jóvenes vinculados al Sistema Penal de Adolescentes, debe ajustarse a los lineamientos internacionales y permitir modelos educativos flexibles, adecuados para cumplir con la finalidad reeducadora, a fin de que estén aptos para reintegrarse, en una forma adecuada a la sociedad, con un proyecto de vida y una mejor proyección a futuro.

C. Marina Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, Profesora Titular interina de Derecho Penal Universidad Rey Juan Carlos ESPAÑA, análisis: “Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial”. Concluyen sus aportes, en el análisis del tratamiento de la reincidencia, la multi-reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad delictiva, en las reformas operadas por las Leyes Orgánicas y en el Proyecto de reforma de Código Penal español, con especial referencia a la delincuencia patrimonial. A lo largo del trabajo se ponen de manifiesto los problemas de legitimidad e, incluso, la constitucionalidad de las circunstancias de reincidencia y multi-reincidencia, así como los problemas teóricos y prácticos que plantea la conversión en delitos de las faltas contra el patrimonio. También se pone de relieve que tales soluciones—incremento de la penalidad— resultan inadecuadas y poco operativas para el tratamiento de la reiteración delictiva, resultando más adecuado el recurso a las medidas de seguridad. Asunto que importa, no un nuevo modelo, sino adecuación de instituciones positivas y no negativas como la agravación.

2.1.2. A Nivel Nacional.

Gabriela Asunción Ramírez Parco, tesis de maestría PUCP: “El ejercicio y limitación de los derechos fundamentales de los reclusos: análisis normativo y de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional”. Discute la tesis, respecto a si que, ¿El reincidente forma parte del ámbito sobre el cual opera el principio de resocialización? Concluyendo. Primero: en relación al régimen penitenciario, señala que es un principio constitucional-penitenciario, que prescribe un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena a efecto de regular las condiciones bajo las cuales se ejecutará la pena. No obstante, estas condiciones deberán necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad”. Segundo: Por otro lado, en relación al tratamiento penitenciario, refiere que el Tribunal Constitucional indica que está referido al conjunto de actividades que se

adoptarán para lograr la resocialización del individuo, para lo cual se necesita la participación de un equipo multidisciplinario, así como la sociedad civil en general. Tercero: Asunto a resaltar de sus conclusiones, es respecto a la naturaleza e imposición de la pena, refiere que el Tribunal Constitucional ha señalado que la imposición de una pena no debe ser arbitraria, irrazonable o desproporcional, pues ésta tiene una finalidad constitucional, la cual apunta a la resocializar al ser humano y no anularlo.

2.1.3. Nivel Regional y Local.

A nivel de la Región y de la localidad de Huancavelica no existen trabajos relacionados con las variables de estudio del presente trabajo.

2.2. BASES TEÓRICAS.

2.2.1. Antecedentes Históricos

El concepto reincidencia se utiliza generalmente para referirse a las repeticiones de la conducta. Etimológicamente, proviene del verbo latino “incidere” (<http://etimologias.dechile.net/?reincidir>) La palabra reincidir viene del verbo latino incidere que corresponde al significado de “caer en”, con la añadidura del prefijo “re” lo que deviene en el significado del término a comprenderse como “volver a caer” o “otra vez”. Incidere viene a su vez del verbo “cederé” “caer” con el habitual paso de /a/ a /i/ en palabras compuestas. De esta raíz proceden, entre otras voces como accidente, incidente, etc. Por tanto re.in.cidir, descomponiendo sus partes, significa “volver a – caer – en”. El registro más antiguo en castellano data de 1579, procedente de un auto de la Inquisición: “y uno fue quemado por luterano relapso, que avía salido reconciliado y con San Benito en el aucto (auto) pasado y torno a reincidir”

En el ámbito penal, la palabra reincidencia atiende a una recaída que contraviene el progreso logrado en el tratamiento o intervención del sujeto que delinque, lo que implica la contradicción al fin positivo de la pena, es

decir un resultado indeseable. Entonces se entiende la reincidencia como la recaída en el delito dentro de un período relativo de tiempo.

La conducta de reincidir en el delito se le ha catalogado como un comportamiento indeseable, negativo y poco beneficioso para la sociedad, aun cuando todavía poco se sabe desde el punto de vista del conocimiento científico que es exactamente lo que la produce, es decir, cuáles son sus reales causas, dimensiones e incidencias de una conducta que reitera su acción al delinquir.

Desde los inicios de la civilización hasta la fecha, la reincidencia al delito ha sido, y es causa del mayor rigor penal punitivo. Citamos la disposición del Manú indio, según el cual “el Rey castiga primero con la simple amonestación, después con severos reproches, la tercera vez con una multa, finalmente con la pena corporal” (Manava Dharma Sastra, 2009), junto a aquella otra que disponía que “cuando tampoco con castigos corporales el Rey consiga frenar a los culpables, les aplicará las cuatro penas de una vez”.

Existen antecedentes sobre la reincidencia en la antigua civilización China, si bien los primeros testimonios hacen referencia a una severidad penal tan extrema que hacía prácticamente imposible la reiteración delictiva. También, en el antiguo derecho hebreo, los delitos punibles se castigaban con azotes, en caso de reincidencia, con una especie de “cadena perpetua” tan dura que constituía en realidad una pena de muerte indirecta. Los persas y los griegos en el siglo IV A.C. Coinciden en la conveniencia de castigar más severamente la recaída en el delito, en correlato a la divinidad, respecto de la cólera divina¹⁰, en donde se amenaza con castigos peores las

¹⁰SAGRADA BIBLIA, Libro del Levítico en su Capítulo XXVI, versículos: “27 Si aun con esto no me oyereis, sino que procediereis conmigo en oposición, 28yo procederé en contra de vosotros con ira, y os castigaré aun siete veces por vuestros pecados...”

continuas desobediencias a los preceptos divinos. Por su parte, también el Nuevo Testamento nos ofrece algún ejemplo del desfavorable efecto que produce la recaída en el pecado “Más tarde Jesús le encuentra en el templo y le dice: mira, estás curado, no peques más, para que no te suceda algo peor” (EL NUEVO TESTAMENTO)¹¹.

Por su parte el derecho romano tampoco permaneció ajeno al fenómeno de la recaída en el delito, en especial y durante el imperio cobró un papel sobresaliente la reincidencia específica, es decir la recaída en determinadas infracciones.

Durante el siglo XVIII, se inicia en toda Europa el movimiento codificador, donde prenden con peculiar fuerza las ideas reformistas y positivistas de la ilustración, ampliando la mirada sobre el delincuente. Este movimiento implementa a la reincidencia por primera vez en la historia de unos perfiles bien definidos, con fines de garantizar la necesaria seguridad jurídica y la posibilidad del tratamiento y la rehabilitación del delincuente, para lo cual erige como presupuesto básico en su aplicación la exigencia de condena anterior a la recaída, deslindando así de manera definitiva la reincidencia de la mera repetición delictiva. La reincidencia adquiere entonces un significado distinto al de la mera retribución o castigo corporal, ya que la reiteración del comportamiento delictual se sanciona ahora mediante un proceso legal y como consecuencia de la imposición de una condena. Es importante referirse respecto de esta nueva definición es que “solo se puede considerar la reincidencia en el momento en que el Estado tiene plena certeza de que la acción desviada y penalizada por el derecho se ha realizado dos veces” (AEDO, Andres, 2010). Entonces, para que exista reincidencia deben concurrir los siguientes requisitos: i) cuando se prueba el daño de un bien jurídico y ii) cuando se

¹¹El Nuevo Testamento, Juan capítulo 15 versículo 14.

prueba el dolo del victimario por medio de un procedimiento judicial. “Este conjunto de elementos solo se cumpliría en el instante en que el victimario es penalizado, o sea cuando se aplica una serie de castigos basados en la suspensión de algunos derechos inalienables a las personas naturales”. Así, una persona se convierte en reincidente solamente cuando habiendo sido penalizada por un delito, ella vuelve a cometer otra conducta desviada tipificada como delito. Por tanto, para configurar la reincidencia tiene que haber a lo menos “dos acciones ilícitas comprobadas, separadas por un tiempo delimitado y habiendo recibido los estímulos por parte del Estado, para no volver a cometer ilícitos”. Lo anterior, implica distinguir la reincidencia de la habitualidad en que en esta última el sujeto ha cometido dos o más delitos sin que en ninguno de ellos haya recaído sentencia condenatoria, tratándose en consecuencia, de la comisión de varios delitos.

El autor (Antonio Martínez de Zamora, 2016) 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”.

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

Por tanto, se puede decir que REINCIDENCIA es la realización de un nuevo delito, por el mismo agente después de haber sido condenado por otro anterior, cuya pena se haya cumplido en todo o en parte y antes de haber transcurrido un determinado tiempo fijado por la ley.

2.2.2. Circunstancias en reincidencia.

2.2.2.1. La reincidencia como circunstancia agravante.

Para un sector doctrinal en donde encontramos a Carrara, Rossi y otros, la reincidencia constituye una circunstancia agravante para la responsabilidad, criterio recogido por la mayoría de las legislaciones; mientras que Carmignani, Merkel y Mittermaier, niegan la procedencia de la agravación (REBOLLEDO, Fernando; MORAGA, Carlos; CAREAU, Silvia y ANDRADE, Carola, 2008)

2.2.2.2. La reincidencia como circunstancia atenuante.

Es una causa atenuante para penalistas como Bucellati y Kleinschrod, en (ORE SOSA, Eduardo, 2013) afirman que debe considerarse como causa de atenuación; ya sea porque la repetición del delito obedece a una disminución de la imputabilidad, ya sea porque es repetición se deriva de fallas en la organización social y de los malos sistemas penales y penitenciarios. Asunto, que confirma en preciso que se –supone- que es fin del tiempo dado en prisión, la resocialización, y éste Presidario al concluir con su –tratamiento- supone también estar –resocializado- caso contrario, no habría funcionado el fin último, y por ende ha fallado en esta realización científica del por qué se debe de privar de la libertad al que delinquiró.

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

2.2.3. 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” (Antonio Martínez de Zamora, 2016).

El fundamento que sancionaba la habitualidad, dada por el estudio científico, pues la doctrina consideraba que se fundamenta en la ley biológica por la que un alto 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 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 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.

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” (Penal, Reincidencia, 2016)

En áreas eclesiásticas se 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.

2.2.3.1. 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.

2.2.3.2. Fundamento de la reincidencia.

Los autores que están a favor de la reincidencia, entre ellos Mir Cerezo, Romeo Casabona, Manzanares Samaniego y otros (SALAS ARENAS, 2016), 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.

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.

2.2.3.3. 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.

2.2.3.4. Reincidencia en la legislación peruana.

Hasta antes del 9 de mayo de 2006 en que se publicó la Ley N° 28726 la Reincidencia y la Habitualidad eran instituciones que no aparecían en nuestro Código Penal. Sin embargo, la modificación literal que hace al respecto esta nueva ley en sus dos primeros artículos es evidente: “Incorpórense al artículo

46° del Código Penal los incisos 12 y 13, con el siguiente tenor: 12. La habitualidad del agente al delito. 13. La reincidencia.”

La misma ley en su artículo 2°, realiza una descripción de éstas instituciones de la siguiente manera:

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

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

Reincidir, en su sentido jurídico, lo establece el trabajo legislativo, por lo que debe de acudir al Derecho positivo para entenderlo, Así, en el Perú, la Ley 28726 (del 9.5.2006) modificó el CP 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: art.46-B y 46-C. Estas últimas fueron modificadas por Ley 29407 (18.9.2009) y ahora tienen la siguiente descripción:

«Art.46-B: 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 puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Si el agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados».

«Art.46-C: 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. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados».

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.

Por lo que, la calificación del que delinque 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 que cumpla una pena privativa de libertad efectiva.

Existen tres escenarios de reincidencia, en el plano de: agravante de la pena, excepción a la ejecución de la pena y, esto para la aplicación de la prisión provisional, siendo su desarrollo como sigue:

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 el Código Penal de 1863, en su Artículo 10. Son circunstancias agravantes: “(...) 14. Ser el culpable reincidente en delito de la misma naturaleza, o consuetudinario, aunque sea en otros de diversa especie”, el código de 1924 prescribía: "Es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena de pena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito también con pena privativa de la libertad".

Fue proscrita por el Código penal de 1991, se vuelve aplicar antes de dictarse Ley 28726, a propósito de las disposiciones relativas al terrorismo, conforme se estipula en el art. 4 del D.Leg. 921, se indica lo siguiente: “la pena máxima para la reincidencia contemplada en el artículo 9 del Decreto Legislativo 25475 será de cadena perpetua”.

Al respecto el considerando 17 de la STC Exp.0014-2006-PI/TC el Tribunal considera que la reincidencia es una situación fáctica dándose en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha estado inmerso, previamente en una sanción por la comisión de un delito anterior. La afirmación de supuesto de hecho no es exacta, dado que el presupuesto fáctico son supuestos normativos, dado que el hecho real de reincidente y habitual no necesariamente es supuesto de agravación punitiva, sino que la fuente normativa le da la calidad de situación agravante, es decir:

“(...) 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”

El TC en Sentencia Exp.0014-2006-PI/TC, fundamento 18, 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 juzgado revalúa, 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 juzgado revalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de las sanciones: una sanción por la comisión por ser del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona”.

Entonces, se tiene la calidad de reincidente cuando, luego de realizarse la calificación ó subsunción típica de la conducta, es decir, que luego de verificarse la responsabilidad penal, se tiene la existencia de antecedentes penales por el –mismo delito-, se restringe la aplicación de la agravante a los casos en los que haya identidad de delitos cometidos y no sólo a los casos en que haya identidad de delitos dolosos como regula expresamente la Ley.

B. La reincidencia como presupuesto para la aplicación de la prisión provisional.

La prisión provisional, asunto netamente procesal, dada según Ley 28726, modificando el art.135.2 del CPPde1991, ordenando al Juez la verificación de las pruebas, el vínculo del procesado con la comisión del delito y el requisito de la peligrosidad o habitualidad para imponer la

prisión provisional como medida cautelar. Sin que sea necesario que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad.

La coerción personal, tienen su propia naturaleza y finalidad, la prisión provisional, al respecto Asencio Mellado, enuncia: “Si los fines que se asignan a una medida cautelar exceden a los que son consustanciales a este tipo de convertirse en otra cosa, en otra figura cuyos contornos serán siempre imprecisos y, en la mayoría de los casos, de difícil encaje en el sistema de valores que inspira el sistema democrático”. (Mellado, 2004:204)

La finalidad de la coerción personal tiene dos tendencias: están los sustantivistas, que confunden el encarcelamiento durante el proceso con la pena o medida de seguridad del derecho penal, y le atribuye el cumplimiento de funciones propias a esas sanciones. Los procesalistas, por su parte captan perfectamente la naturaleza y fines del encarcelamiento preventivo y le asignan sólo la misión de custodiar los fines del proceso, esto es cumplir su función instrumental de-justicia y paz social- como indica CAFFERATA (Nores, 1998:678).

Siendo para nuestra preocupación la segunda concepción la más correcta, y que la detención preventiva no puede tener objetivos carcelarios propios de la pena criminal, si no debe circunscribirse a objetivos procesales incursos dentro de la teoría cautelar. PAVEZ (LILLO, 2004: 678) comenta, que el abuso de la prisión provisional resultan las siguientes consecuencias negativas: “1) Impide efectuar sobre el interno preventivo una labor resocializadora, al no ser posible desde el punto de vista jurídico efectuar intervenciones sobre un sujeto aún no condenado; 2) La prisión provisional facilita el aprendizaje delictivo, pues en la práctica no hay separación entre reclusos jóvenes y adultos, entre penados y preventivos; 3) El notable aumento de la población

reclusa lleva un mayor costo para la administración penitenciaria y provoca una superpoblación carcelaria; y 4) La detención preventiva ocasiona los mismos efectos nocivos, perniciosos y estigmatizadores, tanto psíquica como socialmente, que produce la pena privativa de libertad”.

En el mismo sentido se expresa el TC, en el Expediente N°0298-2003-HC/TC, en su fundamento jurídico 3, afirmando que: “La detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva (...) Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional”. Los jueces afirman, respecto a la obligación de dictar detención al momento de abrir proceso, que la detención judicial preventiva no constituye una medida cautelar que deba dictarse cuando se ponga en riesgo la actividad probatoria o el resultado mismo del proceso penal, sino, en realidad, una medida de seguridad, susceptible de dictarse teniendo en consideración la gravedad del delito materia de investigación, que, en el caso de la disposición impugnada, es el delito de terrorismo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido a su vez que la prisión preventiva es una medida cautelar y afirma que: “[de] lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”.

Estando claro, que prisión preventiva es la coerción procesal, de orden cautelar, en tanto sirve para asegurar la presencia del imputado al mismo. Por lo que no debe ser utilizada como pena, ni tampoco como medida de seguridad o para aplacar sentimientos colectivos de venganza, la

peligrosidad subjetiva del imputado o la necesidad de impedir que cometa nuevos delitos son también manifestaciones de esta tendencia a emplear la detención con fines especiales o generales, retributivos o preventivos.

C. La reincidencia como excepción a la ejecución de la pena.

“La suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual”, dado el D. Leg. 982 se modificó el art.57 CP y se estableció que la suspensión de la ejecución de la pena no se basa ni debe basarse en el mayor injusto cometido por el agente, el reincidente por la comisión del nuevo delito comete un mayor injusto, sino en la necesidad de ejecución de la pena. Dicha necesidad se evalúa teniendo en cuenta: i) si el delito es insignificante o no y, ii) si el agente es objetivamente peligroso o no tiene antecedentes penales.

La determinación judicial de la cantidad de pena privativa de libertad, es cuestionable al tomar en cuenta tanto un hecho anteriormente cometido como la pena ya cumplida, como justificante de un trato más severo.

Como se ha visto, la calidad de reincidente o habitual agregada al art. 57 del Código penal por el D. Leg.982 en el año 2007, constituye una cualidad personal que justifica una opción más restrictiva de la libertad, por la peligrosidad del delincuente por su carácter desviado, dicha situación de -riesgo- deberá justificarse con otros datos objetivos. Ya que, el mayor grado de reprochabilidad materializado en la pena privativa de libertad efectiva no debe depender, esencial y exclusivamente, de la culpabilidad de la gente por su –estilo- de vida.

Es indudable que el Estado no puede dejar de lado, al momento de cuantificar la responsabilidad –no de cualificarla-, el carácter objetivamente peligroso del sujeto responsable. Sin embargo, tal

potestades ilimitada si vemos a la luz de la figura de reincidente y habitualidad

El Estado en política criminal, ha establecido a partir del artículo 46, agravante genérica, siendo a que se evalúen estas circunstancias. Por el contrario, la reincidencia y habitualidad, como meras presunciones de peligrosidad, ya que no es corroborado con otros elementos, son insuficientes para aplicar al sujeto una-nueva-sanción, que supere el marco de la pena establecida previamente a nivel legislativo. Esto es tratar al delincuente como-enemigo-. Lo mismo acontece cuando se utilizan estas categorías para aplicar detención es preventivas y se desnaturaliza su índole cautelar (para el proceso) esta medida de coerción personal. Lo mismo se debe afirmar, cuando el mero hecho de ser reincidente o habitual es previsto como circunstancia que impide suspender la ejecución de la condena. Subyace en esta disposición la idea del delincuente como fuente de peligro, a quien hay que hacerlo -no peligroso-en pro de l-bienestar social-

2.2.3.5. Tipos de reincidencia.

- a. REINCIDENCIA ESPECÍFICA: Es la circunstancia agravante de reincidencia, por antonomasia. La repetición de igual delito o de otro tan parecido que figure en el mismo título del código, contraria así a la especialización delictiva.
- b. REINCIDENCIA GENÉRICA: La impropia, la agravante de reiteración, donde existe repetición en el delito, pero variedad en la especie; por ejemplo, una vez se robó y en otra se incurrió en cohecho.

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 legislador español en materia penal, contempló solo la reincidencia específica, pues se considera que una persona es reincidente cuando al delinquir, el culpable haya sido condenado plenamente por delito comprendido en el mismo Título de dicho Código, siendo éste 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.

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.

2.2.4. El Tribunal Constitucional: Reincidencia Y Habitualidad.

El Tribunal Constitucional¹² mediante sentencia recaída al expediente No. 0014-2006 -PI/TC, se pronunció respecto a la conceptualización de los supuestos de reincidencia y habitualidad definidos en los artículos 46 B y 46C del Código Penal Peruano, Así define:

REINCIDENCIA como circunstancia agravante de la responsabilidad del crimen, que consiste en haber sido condenado antes por delito análogo o igual al que se le imputa. Esto es por segunda vez.

¹²Referencia del tema en: <http://jmanayalle5.blogspot.pe/2010/05/precisiones-sobre-la-reincidencia-y.html> por:

Roxana Chabela Carrión Ramírez Juez (Juez Titular). Tomado el 11/08/2'16 23:10;

HABITUALIDAD en materia penal, significa respecto de una persona que reitera la comisión de delitos, generalmente de igual naturaleza jurídica. Esto es por más de tercera o más veces.

El Juez constitucional ha definido REINCIDENCIA como una situación de hecho consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual, ya el imputado habría realizado, previamente, una sanción por la comisión de un delito anterior.

En política criminal de cada Estado, la REINCIDENCIA se considera existente en cualquiera de estas dos situaciones: Primero, cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o Segundo, cuando el imputado ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley, y la HABITUALIDAD como la comisión reiterada de delitos, por igual o más de tres delitos, que usualmente son los mismos, delitos que se realiza en tiempo diversos e independientes unos de otros.

Nuestro Código Penal de 1991 omitía la reincidencia, también la habitualidad, sin embargo por políticas criminales, que obedecen a menguar el incremento de la criminalidad en el país, a fin de frenar los actos delictivos se decide elevar los castigos legales, por lo que se incorporó por Ley N° 28726 publicada el 09 mayo 2006, en el Código Penal, Reincidencia y Habitualidad, como situaciones que agravan las penas en su dosificación, o circunstancias agravantes.

El artículo 46-B define la Reincidencia como él 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. Entonces la reincidencia constituye circunstancia agravante para la determinación de la pena, y 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 o rehabilitados legalmente.¹³

El artículo 46-C define la Habitualidad cuando 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. Siendo que la habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante, el juzgador podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Considerándolos circunstancias cualificadas de agravación para la determinación de la pena concreta.

Se modifica además el Código Penal, a fin de considerar a la habitualidad y reincidencia, a fin de que se considere como circunstancias genéricas y comunes en la individualización de la pena. Así, existiría dos disposiciones de efecto en sustancia diferentes: Como circunstancias genéricas y comunes (art.46 C.P.) y, como circunstancias cualificadas de agravación (art. 46 B C.P.).

Los que motivo, que el tema se tratara en el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial, en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, del dieciocho de julio del dos mil ocho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el tres de noviembre de dos mil ocho, allí se definieron las reglas más idóneas para su adecuada aplicación, basándose en este orden; El Tribunal Constitucional declaro constitucional las reformas dadas en la Ley N° 28726. Precisando, el Acuerdo Plenario, que reincidencia y habitualidad solo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, dado que es la única posibilidad de agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido.

¹³ El artículo 69 del Código Penal Peruano, establece que la rehabilitación de oficio que a la letra dice "El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite, ..."

Es reincidente a quien por volver a realizar hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el plus de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva señalando que procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos:

El juzgador para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso la hoja carcelaria respectiva, en defecto de uno o de ambos, ha de contar con copia certificada de la sentencias y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por dación de un beneficio penitenciario, y,

Como la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación, a menos que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis al amparo de lo dispuesto por el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales. Por lo que, no puede establecerse de oficio, sin el debate procesal respectivo, ello implicaría un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción.

La habitualidad, tratándose también de una circunstancia agravante, deberá aplicar sus efectos punitivos agravados, solo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, siempre respetando los límites punitivos que detalla los artículos 50 y 51 del Código Penal.

Sin embargo, con el devenir del tiempo las figuras de la reincidencia y habitualidad han ido sufriendo una serie de modificaciones; por ello, la **reincidencia y la habitualidad** no solo muestra la lesión y el daño al bien jurídico protegido, sino que además refleja la condición de un agente que demuestra dificultades para mudar o vencer a las condiciones materiales y de especial vulnerabilidad las cuales motivan dicho comportamiento delictivo; asimismo pueden mostrar también a un individuo que carece de los suficientes

frenos inhibitorios que lo inclinan al delito, en otras palabras, estaríamos frente a un sujeto sin mayor intención de obedecer al mandato normativo. Con las modificaciones realizadas en virtud de la Ley 30076, los artículos 46° B y 46° C del Código Penal referidos a la **reincidencia y habitualidad**, respectivamente, evidencian en el tratamiento de las faltas, una limitación del acceso a beneficios penitenciarios u otras, se enmarcan en un proceso de endurecimiento del sistema penal, el mismo que parte de un Derecho altamente punitivo, teniendo en cuenta que: (i) **La Reincidencia**, en el primer párrafo del artículo 46° B ha modificado el plazo para la falta dolosa, toda vez que en el texto anterior era de cinco años y ahora es de tres, manteniéndose los cinco años para delitos dolosos. Además quien ha sido condenado por faltas y luego comete falta o delito doloso se le considera como reincidente; en el segundo párrafo el carácter de la reincidencia es de circunstancia agravante cualificada y no una de agravante más que se encuentra en algunos tipos penales; en el tercer párrafo el plazo de cómputo de la reincidencia ha sido ampliado, incorporando otros delitos tales como el artículo 108-A (Homicidio calificado por la condición oficial del agente), artículo 195, (Receptación agravada), y el artículo 317-A (Marcaje o Reglaje); en el cuarto y quinto párrafo mantienen la estructura del artículo 46 B anterior estableciendo el aumento de pena hasta una mitad del máximo legal para los beneficiados por indulto o conmutación, y el hecho de computarse los antecedentes cancelados o rehabilitados para los delitos descritos en el tercer párrafo; (ii) **La Habitualidad**, Se ha ampliado, toda vez que se computa sin límite de tiempo para otros delitos descritos en el artículo 108-A (Homicidio calificado por la condición oficial del agente), artículo 195 (Receptación agravada), artículo 317-A (Marcaje o Reglaje) y el artículo 322, (Cooperación de profesional sanitario en el delito de tortura); el aumento para todos los delitos, es un tercio sobre la pena máxima, y para los delitos agravados (107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal) es hasta una mitad; por lo que los habituales no tienen derecho a gozar de beneficios de semilibertad ni de liberación condicional, además del hecho de computarse los antecedentes

cancelados o rehabilitados para los delitos descritos anteriormente.

Punto importante que detalla el pleno es que en los casos de reincidencia ya no opera la rehabilitación automática por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, como ordena en forma general en el artículo 69 del Código Penal, siendo una excepción la reincidencia, ya que esta deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena.

Establecidos los conceptos precedentes, tenemos importantes datos que concluye en afirmar que reincidencia y habitualidad, responde a efecto de agravar el tiempo de dosificación del sentenciado, por reincidente más un tercio, y habitual más la mitad de la pena máxima al delito cometido respectivamente. Ello en reformar una calificación del sentenciado como un individuo cuya inclinación delictiva, debe de tener una respuesta estatal agravada, considerando mejor tiempo, ello en pro de una posible disminución de delitos cometidos por un mismo sujeto. Consideramos que, los presupuestos de reincidencia y habitualidad es efecto del retribuir con la misma incidencia del delito, con el tiempo de privación de libertad, efecto que aclara el supuesto de que no estaría funcionando los fines de la pena y de su ejecución, dado que no existiría en lo mínimo el efecto resocializador del tiempo privado de libertad, tanto más cuando se sustenta que en éstos casos ya no opera la rehabilitación automática por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, como ordena en forma general en el artículo 69 del Código Penal, dado que esta deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena.

2.2.5. Antecedentes normativos comparativos en Latinoamérica de reincidencia y habitualidad.

No podría ser indiferente que las figuras que aparecen consagradas en un cuerpo normativo y que ven la luz por primera vez, tienen un antecedente extranjero. Así, las figuras de la reincidencia y habitualidad no son la excepción

a esta regla general. Estas figuras mayormente han sido desarrolladas en países latinos como México y Argentina, donde las mismas tienen una vigencia considerable en sus códigos penales, por lo que pasemos a describirlos brevemente:

2.2.5.1. En México

Donde estas figuras se encuentran contempladas en el artículo 20 y 21 del Código Penal Federal mexicano. Así tenemos:

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

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

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

Artículo 22. En las prevenciones de los artículos anteriores se comprenden los casos en que uno solo de los delitos, todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable.

Artículo 23. No se aplicarán los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente”.

2.2.5.2. En Argentina

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

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

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

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad.

La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años”.

Lo curioso es que el término habitualidad no aparece definido en la normatividad argentina, salvo que los artículos:

“Capítulo XIII Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo
Artículo 277. (Texto conforme ley 25815) 3. La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando: c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

Artículo 278.- 1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes

adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí; b) El mínimo de la escala penal será de cinco (5) años de prisión, cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza”.

2.2.5.3. En España

Como sector tendiente a la abolición de esta institución penal, la doctrina mayoritaria española, se ha mostrado contraria a mantener la figura de la reincidencia como agravante en su Código Penal, tal es así que autores como Rodríguez Mourullo, Quintero Olivares, Mir Puig, Cobo Del Rosalvives Anton, Muñoz Conde Y García Arán, Bustos Ramírez, Garzón Real Y Manjón Cabeza, González-Cuellar, Zugaldía Espinar, Asúa Batarrita, Serrano Maíllo, Prats Canut, Calderón Cerezo Y Choclan Montalvo y el profesor González-Cuellar, son de aquellos que propugnan en sus obras jurídicas la abolición de estas figuras como agravantes. Por el contrario, quienes se han mostrado a favor de esta figura son profesores como Cerezo Mir, Serrano Gómez, Jaen Vallejo, Manzanares Samaniego, Martínez De Zamora y Romeo Casabona.

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

2.2.5.4. En Ecuador.

Los Arts. 77, 78, 79, 80 y 85 del Código Penal ecuatoriano vigente, señalan: un delito después de haber cometido uno anterior por el que recibió sentencia condenatoria.

Art. 78.- En las contravenciones hay reincidencia cuando se comete la misma contravención u otra mayor, en los noventa días subsiguientes a la condena por la primera falta.

La reincidencia, en el caso de la contravención establecida en el numeral 1 del artículo 607, será considerada como delito, de conformidad con el Capítulo I del Título X del Libro II de este Código.

Art. 79.- Las sentencias condenatorias expedidas en el extranjero se tomarán en cuenta para la reincidencia. Igualmente, se tomarán en cuenta las sentencias condenatorias pronunciadas por el tribunal militar pero solo al tratarse de delitos de la misma naturaleza; y, en este caso, solamente se considerará el mínimo de la pena que podía haberse impuesto en la primera condenación y no la hubiere en realidad aplicado.

Art. 80.- En caso de reincidencia se aumentará la pena conforme a las reglas siguientes: 1a.- El que habiendo sido condenado antes a pena de reclusión cometiere un delito reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años, sufrirá la misma pena, pero de ocho a doce; 2a.- Si el nuevo delito está reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años, el delincuente será condenado a reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años; 2b.- El que habiendo sido antes condenado a pena de reclusión cometiere un delito reprimido con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años; y, si el nuevo delito es sancionado con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, la pena será de veinticinco años, no sujeta a modificación. 3a.- Si un individuo, después de haber sido condenado a pena de reclusión, cometiere un delito reprimido con reclusión menor de tres a seis años, sufrirá la misma pena, pero de seis a nueve; 4a.- Si el nuevo delito cometido es de los que la Ley reprime con reclusión menor de seis a nueve años, el transgresor será condenado a reclusión menor extraordinaria; 5a.- Si el que fue condenado a

reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años cometiere otra infracción reprimida con la misma pena, será condenado a reclusión mayor de doce años; 6a.- Si el que ha sido condenado a reclusión cometiere un delito reprimido con prisión correccional, será reprimido con el máximo de la pena por el delito nuevamente cometido; y, además, se le someterá a la vigilancia de la autoridad por un tiempo igual al de la condena; 7a.- Si el que ha sido condenado a pena correccional reincidiere en el mismo delito, o cometiere otro que merezca también pena correccional, será reprimido con el máximo de la pena señalada para el delito últimamente cometido; y, 8a.- Si un individuo condenado a pena correccional cometiere un delito reprimido con reclusión, se le aplicará la pena señalada para la última infracción, sin que pueda reconocérsele circunstancias de atenuación.

Art. 85.- Si el condenado, durante el tiempo indicado en el artículo anterior, cometiese nueva infracción, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que corresponda al nuevo acto cometido.”

En el Ecuador, existe entonces un catálogo de punición que desarrolla los casos de reincidencia y habitualidad, institución que deviene en desaparecer a propósito de las reformas a nivel del Ministerio de Justicia ecuatoriano, denominado “Código Orgánico Integral Penal”, encargando a los legisladores, desarrollo que 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; analizando todas las circunstancias sociales que conciernen a la elaboración de dicho cuerpo de leyes tan importante para la convivencia pacífica de los ciudadanos, y específicamente en el caso de la reincidencia. Así, mismo se exigen en un estudio en el contexto de bases constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del ordenamiento jurídico de todo país.

2.2.6. Reincidencia en legislación comparada: España, Italia y Argentina.

En estas realidades jurídicas, la reincidencia constituye una agravante del delito, apoyada por la doctrina, se sustenta dicho agravante generalmente basadas en las siguientes consideraciones:

MAYOR CULPABILIDAD: estos delincuentes demuestran una mayor capacidad para delinquir, caracterizada por la actitud permanente para violar las normas penales, la calificación elevada de culpabilidad, justifica el mayor reproche, dado que el sujeto conoce la amenaza penal mejor que otro que nunca lo ha sufrido. Indicativo de condición subjetiva de un ser humano, que permanentemente se inclina hacia el delito. Al respecto, (LATTAGLIATA, 1963: 270-271). Indica que:

“(…) la reincidencia, al igual que todas las circunstancias de la culpabilidad, no incide sobre el hecho típico, sino que implica un juicio de reprobación distinto por una acción típica cometida en una singular situación concreta. La reincidencia es un diferente grado de desobediencia contra un mismo mandato; desobediencia característica de una cierta personalidad”.

Por su parte (MAURACH, 1962:546). Afirma que mientras para el juicio general de culpabilidad basta con la observación de rebeldía frente a la norma o ley prohibitiva, en el reincidente concurre además en sentido agravatorio la representación de la punibilidad de su hacer, de su carácter reiterativo a infringir la norma.

Al respecto (GARCÍA, 1992:107), sostiene que “en este pensamiento subyace la idea de que el reincidente, que ya ha soportado una pena, al cometer un nuevo delito demuestra su insensibilidad a la pena anteriormente cumplida, lo que lo hace más culpable”. Esa insensibilidad o referente de carácter de vida delictiva, no necesariamente se puede afirmar que es por no sentimiento de culpa, se niega el motivo de vida, que no ha podido salvar los motivos iniciales del delito por ejemplo.

INSUFICIENTE RESULTADO DE LA PENA IMPUESTA POR EL PRIMER DELITO: La Política Criminal de una organización legislativa, 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. Significa que el sujeto no sólo ha demostrado un desprecio a la Ley, sino también a la pena anteriormente impuesta.

ALARMA SOCIAL: se afirma que las consecuencias del delito no es sólo sufre la víctima, de modo físico, sino también es un mal social y político. Asunto que hace que 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.

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. Entonces, la agravación de las penas por efecto de la reincidencia queda 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 asunto macro, esto es el orden jurídico, que con especial intensidad queda perturbado por la actividad criminal del reincidente. (ZAMORA, 1971)

Sin embargo, existe una parte de los doctrinarios que desdican la aplicación de reincidencia y habitualidad como formas de agravar la penalidad, así entre otros, (MIRPUIG 1974: 546). Afirma que: “Las consideraciones que anteceden hacen deseable la supresión de las circunstancias de agravación de la pena en que la reincidencia se manifiesta en nuestro derecho penal, y muy

especialmente de los preceptos que atribuyen eficacia extraordinaria a la multi-reincidencia” (ORE SOSA, Eduardo, 2013)

Existe una contravención de conceptos dice (GRACIA MARTÍN, 2003:568), que "pena y medida, culpabilidad y peligrosidad, retribución y prevención son conceptos contrapuestos e incompatibles".

Importante anotar, al respecto es lo escrito en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991, en la que se resumen los principales argumentos críticos esgrimidos en doctrina:

“Estas formas aberrantes de castigar [la reincidencia y habitualidad] sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo[...] carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena [...] conlleva una violación del principio nebis in idem (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito)[...] este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y segregación social”. (ROXIN,2001:225).

Se muestra en contra de una visión pasiva del comportamiento del condenado frente a la finalidad de resocialización que tiene la pena. Dice el jurista alemán que el condenado: “no es ya mero objeto de castigo (...) sino que posee más y más chances de convertirse en sujeto y co-organizador de la realización de la sanción. El fenómeno del castigo ya no es, exclusivamente, una imposición de la autoridad; él contiene muchos llamados a la iniciativa propia del condenado y se convierte así en una ayuda para la auto-ayuda”

La reincidencia y la habitualidad como agravantes, estarían atentando al principio de resocialización de las penas consagrado en el art. 139. 22 de la Constitución pues se trastoca la idea de la resocialización como deber del Estado para convertirse en un deber del condenado, siendo entonces que, vía las figuras de la reincidencia y la habitualidad se vulnera la presunción de

inocencia en tanto la anterior comisión del delito por parte de la gente presupone la peligrosidad del mismo. Presunción de peligrosidad que agrava la pena sin que se aporte alguna prueba más que la simple verificación de la antigua condena, es decir el pasado en contra del delincuente conspicuo, no hace los hechos facticos o concretos al nuevo caso.

La agravante por reincidente, sería ilegítima, dado que la sanción supera lo tipificado que es propio al hecho cometido en función de consideraciones sobre la personalidad del sujeto y no sobre el acto realizado. Ya que, el derecho penal se estructura y se ejecuta sobre los supuestos de comportamientos previstos en el tipo penal como delito por el legislador. Se juzga conductas humanas, no formas de ser, por más desviadas que éstas sean. (ORÉSOSA, 2008:77-90).

2.2.7. Antecedentes normativos comparativos de reincidencia en debate legislativo (Reforma penal en España de 1995)

Para la reforma en (ESPAÑA, CORTE GENERAL, 1995), Reincidencia y habitualidad, vienen siendo discutido en diferentes niveles del saber académico, los mismos que recorren desde su aplicabilidad y no considerarlas en los textos penales, motivo son innumerables, desde su inconstitucionalidad, hasta la inviabilidad técnico legislativa, lo cierto es que estas instituciones penales, vienen siendo aplicados en diferentes contextos de realidad normativa, y su principal discusión radica en que si se debe de mantenerlas aplicando, dado que se estaría ampliando su aplicabilidad de tipo general al específico, la primera establece la consecuencia de tener un precedente que asegura al tipo penal dentro del término descrito por principio de legalidad, hasta el alcance máximo estipulado dentro del tipo penal, no así el denominado específico, el mismo que exige sobrepasar los términos planteados en la norma penal, esto es más allá de lo presupuestado, dado que el delito ha sobrepasado entre otros el injusto penal, el carácter del delincuente no tiene parámetros de resocialización, es todo lo contrario a los fines incluso de la pena, este es indiferente.

Así se tiene diferentes discusiones del tema, los que sin duda recogen presupuestos inherentes al tema de los fines de la pena y su ejecución, esto es la resocialización, algunos supuestos de discusión, se da a propósito de la reforma penal en España de 1995, los que anotamos a continuación: "Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable hubiere sido condenado por un delito semejante, no computándose a tal efecto los antecedentes penales cancelados y que hubieran podido serlo. Al reincidente se le aplicarán en su caso las medidas de seguridad previstas..." en la norma pertinente.

La justificación de la presentación de esta enmienda por parte del Grupo Popular es que la enmienda propone que se mantenga la reincidencia en el catálogo de circunstancias agravantes. Se opta sin embargo por un concepto estricto y unitario de reincidencia, descartando la denominada reincidencia genérica. Se propone, asimismo, completar el mecanismo agravatorio ordinario propio de todas las circunstancias descritas por el proyecto en su artículo 23 por la previsión de las correspondientes medidas de seguridad, colmando una laguna llamativa del Proyecto.

La enmienda más radical y sin duda más interesante, que coincide en buena parte por lo mantenido por un sector de la doctrina fue la presentada por el Grupo IU-IC, pues pretendía la supresión de este artículo, es decir de la consideración de la reincidencia como circunstancia agravante. La motivación no era otra que:

"ninguna de las razones que se han alegado para castigar la reincidencia son convincentes desde el prisma de un Estado Social y Democrático de Derecho. El Derecho Penal de un tal Estado no puede castigar más que conductas externas según su gravedad y ésta no aumentan por la existencia de condenas anteriores. El Derecho Penal no puede castigar personalidades ni formas de ser: la perversidad que puede concurrir en el reincidente no puede, pues, ser objeto

de pena. Tampoco puede tratarse con una pena la peligrosidad mayor que pueda demostrar aquél, pues la peligrosidad del sujeto debe afrontarse dentro de los límites estrictos, mediante las medidas de seguridad".¹⁴

Por su parte Coalición Canaria propuso la adición de un nuevo párrafo al artículo de la reincidencia que hacía referencia a la reincidencia internacional:

"A efectos de reincidencia se equiparán a las sentencias de los jueces o tribunales españoles las impuestas por los extranjeros por delito 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 establezca en virtud de Tratados Internacionales ratificados por España".

En realidad la contemplación de la reincidencia internacional ya estaba prevista aunque en la parte especial, referida únicamente a los delitos contra la salud pública y más en concreto, de tráfico de drogas.

La Ponencia del proyecto, en su Informe acordó suprimir el párrafo segundo del apartado nueve del artículo 23, referente a la denominada reincidencia genérica) y dar otra redacción al primero: "Hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable, hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código siempre que sea de la misma naturaleza". Se observa, pues una disminución del ámbito de la reincidencia, al suprimir la genérica, y sin embargo una ampliación de la específica.

El legislador abolicionista es duda la intervención de LOPEZ GARRIDO, el que de modo extenso justifica la supresión de la reincidencia, a propósito de la desaparición de la reincidencia genérica, destacando asimismo la ampliación

¹⁴Nota de referencia: Boletín Oficial de las Cortes Generales de 6 de marzo de 1995, motivación a la enmienda 660. España. En http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-09.PDF

antes comentada de la reincidencia específica. Las razones que aduce para su eliminación son, básicamente las siguientes:

"porque por razones objetivas sí que debe agravarse la pena...sin embargo, por razones única y exclusivamente subjetivas, que no tienen que ver con el delito en sí sino con un problema del autor, con un problema de desvalorización del autor...nosotros entendemos que no tiene que haber una agravante genérica, porque no tiene nada que ver con la culpabilidad objetiva del autor" añade que "hay que huir del Derecho Penal de autor para ir a un Derecho Penal del delito más explícitamente. "Recuerda en este punto la sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, que según él acaba "dejando las cosas en el aire".

Se tiene así la discusión de mantener la reincidencia como agravante genérica, no especial.

En el mismo documento, el Sr. OLLARTE CULLEN de Coalición Canaria sostuvo en contra de lo manifestado por LOPEZ GARRIDO que la reincidencia debe seguir siendo considerada como circunstancia agravante "y que la peligrosidad y el hecho de que la pena anteriormente impuesta al delincuente no le hayan servido para nada son circunstancias que no pueden dejarse de contemplar".

Por otro lado, detalla el documento que el Sr. BARRERO LOPEZ fue por parte del Grupo Socialista el encargado de defender el informe de la Ponencia. Justifica el mantenimiento de la reincidencia para "reprimir penalmente al delincuente tendencial", añadiendo que "es un delincuente que tiene una actuación -insisto- habitual, que tiene un difícil reflejo sancionador respecto de sus conductas transgresoras frente a la sociedad y parece lógico que el Código Penal tenga algo que decir con relación a esos delitos de carácter pequeño o grave, pero en todo caso de carácter habitual". Añadía el Sr. BARRERO que la posibilidad de dejar una cierta discrecionalidad al juez en la apreciación de la agravante en función del autor, del objeto o del hecho "nos mueve a una

reflexión que tendremos en cuenta de aquí a posteriores tramitaciones parlamentarias". Sin embargo esta manifestación no se tradujo en manifestaciones concretas.

En el debate en el pleno el Grupo Popular retiró su enmienda de modificación, manteniéndolas Coalición Canaria e Izquierda Unida, aprobándose finalmente el texto que conocemos, fiel al Informe de la Ponencia.

No existe para el legislador fundamento jurídico de la reincidencia. Parece que el legislador no da importancia a este hecho, puesto que no lo menciona en ningún momento, sino que acepta que tiene un fundamento criminológico. Asume que no aumenta la gravedad del injusto, ni la culpabilidad, y, sin embargo, mantiene que el Código Penal no puede quedar al margen -"el Código Penal tenga algo que decir"- en el caso de delincuentes habituales o incluso de delitos que se cometen con frecuencia.

No hay coherencia entre el fundamento dado por la ponencia a la reincidencia y el tratamiento que se le dispensa. Efectivamente, si como sostenía el ponente del Grupo Socialista, se incluye la reincidencia para tratar a los delincuentes, y puesto que éstos, siguiendo su razonamiento, tienen una tendencia a la comisión de determinados delitos, lo más adecuado para su tratamiento sería la imposición de medidas de seguridad, y no de penas, es decir lejos de agravar penas de libertad, es necesario medidas alternas como las medidas de seguridad, así la lucha contra los delincuentes habituales y profesionales...debe estar orientada al campo de las medidas de seguridad y nunca de la pena, en el mismo pensamiento MIR PUIG dice que "la peligrosidad solo puede determinar la aplicación de una medida de seguridad -si esta puede ser eficaz y no se opone al principio de proporcionalidad-". Igualmente CEREZO MIR: "Es opinión unánime en la moderna ciencia del Derecho Penal española que la peligrosidad no puede servir nunca de fundamento a una agravación de la pena sino que puede dar lugar únicamente a la aplicación de medidas de seguridad." (Gonzales - Cuellar García, 1983)

En este sentido, sí sería coherente la enmienda de modificación presentada por el grupo popular: "Al reincidente se le aplicarán en su caso las medidas de seguridad previstas en el Título Cuarto, Capítulo Primero", del código penal español.

El propio defensor del informe de la Ponencia, admitía que la propuesta de LOPEZ GARRIDO de dejar la apreciación de la reincidencia al arbitrio del juez en atención a las circunstancias del autor, del objeto o del hecho, les lleva a la reflexión. Ello significa que la reincidencia puede desaparecer sin problemas del catálogo de circunstancias agravantes puesto que del propio artículo 66 (CP español) se deduce el arbitrio del juez en la determinación de la pena con base en estas mismas circunstancias.

Existe en el legislador una confusión entre reincidencia y habitualidad. Como pone de manifiesto MARTÍNEZ DE ZAMORA "reincidencia y habitualidad son conceptos distintos derivados de puntos de vista diversos, que satisfacen exigencias diferentes: retributiva una, preventiva la otra". Confundir habitualidad y reincidencia, confundir así mismo inclinación al delito, tendencia al mismo con reincidencia nos puede llevar en palabras de este autor a sancionar una "situación estática de inclinación criminal", cuando lo que el derecho penal represivo debe sancionar es únicamente el acto en que esta inclinación se sustancia (GONZALES- CUELLAR, 1986).

Por último, las palabras de HAFKE, reconoce; "En este punto de la discusión se impone proceder a un desarme moral: la hipocresía que pone en práctica el propio jurista y que, de modo manifiesto, exige también a su interlocutor, se advierte como algo insostenible. Así, pues, es evidente la exigencia moral de ser más honesto, y de este modo, o bien tomar realmente en serio el principio de culpabilidad, o bien expresar abiertamente y reconocer que una necesidad de pena intensificada-sea cual sea la razón en que ésta se haya sustentado-exige en los reincidentes una agravación de la pena". (HAFKE, 1991)

2.2.8. Antecedentes normativos comparativos en la reincidencia como agravante, en la discusión doctrinaria, se echa en falta un estudio que recoja las diferentes opiniones que se han vertido recientemente sobre el mantenimiento de la agravante de reincidencia.

(ZAMORA, V. MARTÍNEZ DE, 1971) Nos ofrece en su monografía una relación extensa de los autores que han mantenido posturas abolicionistas y neo abolicionistas. Pero dado el año de publicación de la obra entendemos que el número de estos autores ha aumentado. Actualmente existe ya una corriente doctrinal que sostiene que la reincidencia debe seguir contemplándose como agravante.

Por otro lado existen posturas en buena parte e incluso mayoritariamente a favor de la desaparición de la reincidencia como agravante. En el contexto de la doctrina española, por cuanto he supuesto que la falta de conexión entre la doctrina y el legislador, ello no se daba en países como Alemania e Italia. En el primero la 23ª Ley de Reforma Penal de 13 de abril de 1986 derogó la agravante de reincidencia contenida en el artículo 48 del StGB (Calderon Cerwzo - Cholan Montalvo, 1999) El Tribunal Constitucional alemán declaró en st. de 16 de enero de 1979 que la agravante de reincidencia se adecuaba a su constitución "siempre que se evitara una presunción de mayor culpabilidad y se verificara en cada caso si se le podía reprochar al autor reincidente el no haber tomado como advertencia las anteriores condenas". El Código Penal italiano la mantiene, y con un "amplio contenido" en su artículo 99 (SERRANO MAÍLLO, 1995). Además me he limitado a la doctrina actual, puesto que esta figura ha evolucionado en los textos penales recientes en el sentido de que se ha ido reduciendo su radio de acción, de tal manera que podemos afirmar con PRATS CANUT que la evolución histórica reciente de la reincidencia es la historia de su limitación (PRATS CANUT, 1996)

(CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972), citado por la inmensa mayoría de los autores que han tratado el tema de la reincidencia, fue

uno de los primeros en manifestarse en contra del mantenimiento de la reincidencia como agravante. Considera este autor que "de lege ferenda, parece aconsejable la supresión de la reincidencia y reiteración como circunstancias agravantes de la pena, y la previsión de un adecuado tratamiento preventivo-medida de corrección y seguridad- ajustado no a las actuales nociones formalistas, sino a realidades criminológicas".

QUINTERO OLIVARES se muestra abiertamente a favor de la eliminación de la reincidencia como circunstancia agravante, si bien reconoce que atendiendo a razones político-criminales, "ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aún a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad" (CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972).

Ya, desde 1983 se reconocía que el tratamiento más adecuado para la reincidencia sería "una medida de seguridad posterior a la pena, aunque este objetivo sería únicamente alcanzable en el contexto de un nuevo Código Penal" (QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, 1983)

Posteriormente, en 1986, recogía Quinteros O. lo que parece ser la excusa ante el hecho de que la Reforma del código penal español de 1983 no eliminara la reincidencia.

"El problema de la reincidencia y su tratamiento penal debe ser abordado en un marco de provisionalidad. Queremos con ello destacar que la Reforma de 1983 solamente ha cuidado de limitar aquellos aspectos del tratamiento legal de la reincidencia más abiertamente incompatibles con las garantías a las que tantas veces nos hemos referido". "Con ello, el legislador, y así se deduce de la propia Exposición de motivos, no renuncia a la idea de que la exasperación de la pena no es el mejor modo de tratar la profesionalidad o habitualidad en el delito. Pero el modo en que haya de ser más correcto (normalmente será una medida de seguridad posterior a la pena) únicamente podrá regularse

legalmente en el contexto de un nuevo Código, pues es sabido que el actual no dispone de reglas adecuadas para la valoración de profesionalidad y el ulterior sometimiento a medida de seguridad; ciertamente se podrá decir que hubieran podido introducirse en esta ocasión y a eso basta contestar que lo mismo podría decirse de tantas cuestiones que, al igual que ésta, siendo importante, no era de urgencia apremiante" (QUINTERO OLIVARES, 1986)

MIR PUIG, por su parte, se ha mostrado desde siempre en contra del mantenimiento de la reincidencia, en su extensa monografía sobre la reincidencia dice que:

"Las consideraciones que anteceden hacen deseable la supresión de las circunstancias de agravación de la pena en que la reincidencia se manifiesta en nuestro derecho penal, y muy especialmente de los preceptos que atribuyen eficacia extraordinaria a la multi-reincidencia" (MIR PUIG, 1974)

De manera tajante se muestra unos años después: "la reincidencia debe suprimirse en sus dos modalidades. Ni la mayor perversidad del delincuente ni su más elevada peligrosidad pueden justificar el recurso a la pena" (MIR PUIG, 1980)

Actualmente sostiene, a pesar de que el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad de la reincidencia que:

"pueda reputarse constitucionalmente inconveniente la agravación de pena por reincidir. Es en efecto, rechazable que agrave la pena, en un Derecho Penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos." (MIR PUIG, 1982)

(COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, 1996), señala que la reincidencia se debe enmarcar en otro Derecho Penal, esto es en un Derecho Penal preventivo y de medidas de seguridad, añaden que siguen "propugnando la desaparición

del mismo instituto de la reincidencia, en sus distintas manifestaciones, así como su consideración agravatoria de la pena, pues ésta ha evidenciado su total inoperatividad".

(MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, 1998), también se encuentran entre los autores que se muestran en contra de la reincidencia:

"Lo cierto es que resulta difícil encontrar razones en las que fundamentar una mayor culpabilidad por el hecho que se enjuicia y sobre el que recae la agravante. Su fundamento se encuentra más propiamente bien en lo recalcitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia de las normas penales, bien en su mayor peligrosidad; sin embargo ni la peligrosidad puede presumirse iuris et de iure como hace el Código en esta materia ni es un concepto en el que pueda asentarse una mayor gravedad de la pena, que debe ir referida a la culpabilidad".

(GARCÍA ARÁN, 1987), por su parte ya se había manifestado a favor de la supresión de la reincidencia: "no nos queda sino sumarnos al parecer de quienes por rechazar su carácter moralizante, abogan por su supresión".

(GARZÓN REAL, Baltasar y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 1991), en su fundamento se muestran abiertamente en contra de esta institución por considerar que en este caso se da una ultra actividad de las consecuencias del delito. En una argumentación que puede ser criticable, sostiene que todas las agravantes agravan el hecho, mientras que la reincidencia es un atributo predicable del sujeto, además, fruto de una conducta anterior. Las agravantes suponen un mayor contenido del injusto, en la reincidencia no. Además las agravantes deben ser abarcadas por el dolo del autor, cosa que no ocurre con la reincidencia.

(GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, 1983), también forma parte de este sector doctrinal. Sostiene que "tanto de la visión del fundamento desde el

punto de vista de la doctrina, como desde el campo de la jurisprudencia permite afirmar la falta de sentido de estas figuras". Dos años después es más explícito, al comentar la supresión de la reincidencia en la PANCP: "la PANCP soluciona la cuestión de forma adecuada. Por un lado suprime la reincidencia...por otro...establece la medida de seguridad de internamiento en un centro de terapia social para los delincuentes habituales" (GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, 1983).

CALDERÓN CEREZO y CHOCLAN MONTALVO consideran que "hubiera sido deseable la desaparición de un precepto general sobre la reincidencia que acabe con las dudas de su constitucionalidad y evite el automatismo en su aplicación a modo de suplemento por desobediencia" (CHOCLAN, 1993)

(PRATS CANUT, José Miguel, 1996) Después de poner en duda la fundamentación a la que acuden determinados autores señala en una interpretación exclusivamente preventivo-especial que "lo único que expresa con certeza la recaída en el delito es el fracaso del Derecho Penal, o al menos el fracaso de la consecuencia jurídica aplicada al sujeto, de suerte que no parece razonable "aumentar la dosis" de aquello que ya ha fracasado".

(ESPINAR, 1999), si bien reconoce que la supresión de la reincidencia genérica en llevará a aplicar la reincidencia en menor número de casos, "sigue manteniendo que debe ser suprimida por las razones antes expuestas" que no son otras que la falta de fundamento o justificación. (SERRANO MAÍLLO, 1995)

(ASÚA BATARRITA, 1982) se muestra más prudente a la hora de pronunciarse sobre la supresión de la reincidencia, decantándose tímidamente hacia esta solución: "El mantenimiento de la agravación por reincidencia únicamente sería aceptable en el supuesto de que se concediese al juzgador la

posibilidad de apreciarla o no en consideración de las circunstancias todas que concurran en el delito y en el sujeto".

(ZUGALDÍA ESPINAR, 1999) en "La individualización de la pena en el borrador de parte general del anteproyecto de Código Penal de 1990", pág. 465, apuesta por la eliminación del catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes y de las reglas de determinación de la pena vinculadas a los mismos. El catálogo de atenuantes debería desaparecer, y considerarse como *numerus apertus* a la libre apreciación de los tribunales, que de hecho ya ocurre con la atenuante analógica. Las agravantes genéricas deberían desaparecer y ubicarse en la parte especial, comentando el artículo 22.8 del Código Penal dice que "de todas las respuestas posibles al problema social y jurídico de la reincidencia, la de agravar la pena al autor reincidente es, aparte de la más rancia y menos imaginativa, la peor desde el punto de vista político-criminal". Poco más hay que añadir para comprender que ZUGALDIA está a favor de la desaparición de la agravante de reincidencia.

Estando aquí los autores que se han manifestado en contra de la agravante de reincidencia. De entre los autores actuales los que se han mostrado a favor son Cerezo Mir, Serrano Gómez, Jaen Vallejo, Manzanares Samaniego, Martínez De Zamora Y Romeo Casabona.

Para CEREZO MIR la existencia de la reincidencia está plenamente justificada. En su crítica del Borrador de anteproyecto de Código Penal español, Parte General de 1992 ante el hecho de que se suprimiera la agravante de reincidencia manifestó su desacuerdo. Lanzaba una consideración de *lege ferenda* que es finalmente por la que ha optado el Código Penal español de 1995: "Podría modificarse, por ello, la regulación de la agravante de reincidencia, en lugar de suprimirla, reduciéndola a la reincidencia específica y propia" (CEREZO MIR, 1990).

Sin embargo recientemente ha manifestado que "la reincidencia debe ser una circunstancia agravante de carácter meramente facultativo" y ello porque supone generalmente una mayor gravedad de la culpabilidad (V. CEREZO MIR, 2000).

(JAEN VALLEJO, 1993) por su parte aunque no se pronuncia expresamente a favor o en contra del mantenimiento de la reincidencia como agravante, este se incluye dentro de los autores que están a favor puesto que él si considera que la reincidencia tenga un fundamento, si bien en contra de lo manifestado por los anteriores no lo basa en la culpabilidad -entendiéndola, como gravedad de la culpabilidad por el hecho- sino en motivos de prevención especial, puesto que considera que mientras que el principio de culpabilidad se refiere al hecho concreto realizado por el autor, el concepto de reincidencia "se basa en la tendencia del autor al delito, es decir, en una circunstancia ajena a la culpabilidad por el hecho, y como es claro, la gravedad de esta culpabilidad no tiene por qué coincidir con las necesidades de prevención especial de la pena". Tendencia y culpa del hecho concreto no pueden ser conceptos similares, sino ajenos del uno del otro.

2.2.9. Antecedentes normativos comparativos en el fundamento de la reincidencia en la doctrina española.

Estando conceptualizada las diferentes componentes del ingrediente a la prognosis punitiva, partiendo de la reincidencia y habitualidad el sujeto activo, aún existe cierta confusión en el legislador para determinar con claridad el fundamento de la reincidencia, mucho más si se tiene confusión en la doctrina científica al concepto. En este sentido las monografías de MARTÍNEZ DE ZAMORA y muy especialmente la de MIR PUIG ya son lo suficientemente completas. Es necesario ubicar las razones que llevan a algunos autores a mantener la reincidencia. Es cierto que quita cet consentiré videtur y en este sentido se podría presumir que los autores que no se han manifestado en contra de la reincidencia, estando actualmente prevista como agravante, se muestran a favor de la misma. Pero también es cierto, como señala GARCÍA ARÁN que

"pocas instituciones han recibido tanta atención y tantos esfuerzos por justificarlas", por lo que puede también presumirse que al mantenerse al margen y no decantarse por una solución u otra, por uno u otro fundamento, los autores no beligerantes se mantienen a la expectativa, limitándose al estudio de su regulación jurídico-positiva (GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, 1983).

En la doctrina tradicional se ha intentado fundamentar la reincidencia desde muy variadas razonamientos. SERRANO GOMEZ resume los fundamentos que se han pretendido dar a la reincidencia en los siguientes: alarma social, mayor capacidad criminal, mayor probabilidad de delinquir en el futuro, mayor culpabilidad, mayor culpabilidad en base a la situación en que se encuentra la víctima, mayor peligrosidad, causa de agravación del injusto. Este autor también a los fundamentos en que se ha basado la Jurisprudencia para justificar la reincidencia: mayor peligrosidad, mayor culpabilidad, mayor culpabilidad y mayor peligrosidad, mayor perversidad, insuficiencia de la pena anterior, habitualidad, hábito criminoso, consideración criminológica, social, peligrosidad, habito criminogeno y no recuperabilidad social. (SERRANO GOMEZ, 1976).

Podemos resumir todos estos argumentos a tres: mayor culpabilidad, mayor peligrosidad y necesidades de prevención especial y general. Pero si nos limitamos al fundamento que nos ofrecen los autores españoles que están a favor del mantenimiento de la reincidencia como agravante nos encontramos con que únicamente se barajan dos argumentos: mayor culpabilidad y necesidades de la prevención especial y de la prevención general.

CEREZO resume en cuatro los fundamentos de la reincidencia:

1. Fundamento en 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 y puede suponer únicamente una mayor gravedad de lo injusto.

4. Fundamento en necesidades de prevención especial o general.

Los fundamentos 2 y 3, podrían no tener base para ser verdaderos fundamentos. Son mantenidas respectivamente por COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN y MIR PUIG. Ya que, es no exacto los sostienen que MIR PUIG fundamenta la reincidencia en una causa de agravación del injusto, porque si bien es cierto que sostiene que:

"el injusto del hecho del reincidente es más grave porque al contenido específico del injusto se le añade el rebelde desprecio de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, expresado a través del desprecio, por obra del nuevo hecho, del significado de la condena anterior, en cuanto concreta y personal experiencia -como sujeto pasivo- del reproche jurídico-penal" (MIR PUIG, 1974)

No es menos cierto que él mismo reconoce que, aun demostrándose la mayor gravedad del injusto, la agravación de la pena "quedaría excluida si se demuestra que al mismo tiempo, en la reincidencia, concurre una disminución del poder de inhibición y, por ello, una menor culpabilidad frente al injusto, o, por lo menos no cabe presumir en él el poder y la culpabilidad correspondientes a la específica reincidencia" (MIR PUIG, 1974). Por ello considera insuficiente la agravación del injusto para fundamentar la pena.

La postura que fundamenta la reincidencia en la mayor peligrosidad no puede entenderse que ésta sea la base para contemplar la reincidencia en un entorno de un derecho penal represivo. Sostienen estos autores, que, como hemos visto, abogan por la supresión de la reincidencia que descartada la mayor culpabilidad y la mayor gravedad del injusto como fundamento de la reincidencia, ésta sólo podría explicarse en el ámbito de un derecho penal preventivo y de medida de seguridad. (COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, 1996)

De esta manera, descartados como fundamento de la reincidencia la mayor peligrosidad y la mayor gravedad del injusto solamente nos queda analizar la mayor culpabilidad y las necesidades de prevención especial o general.

Resulta claro que JAEN VALLEJO no fundamenta la reincidencia en una mayor culpabilidad, por cuanto sostiene que aunque no haya una mayor culpabilidad se puede seguir aplicando la agravante de reincidencia (JAEN VALLEJO, 1993). Vallejo fundamenta la reincidencia en necesidades de prevención especial pero, para evitar la imposición de penas manifiestamente injustas en relación con aquellos delincuentes que carecen de capacidad de corrección, se debe matizar con el principio de culpabilidad que operará como límite de la pena:

"En resumen, debe partirse en nuestro Derecho Penal del principio de culpabilidad por el hecho, pero una vez establecido el límite de la gravedad de la culpabilidad no hay razones, para excluir, en el momento de la medición de la pena y hasta el límite representado por ella, las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor." (JAEN VALLEJO, 1993)

Se establece en todo caso, que la pena primero ha de ser proporcionada a la gravedad del injusto y a la culpabilidad del autor y "las exigencias de prevención especial únicamente podrán desempeñar una función limitadora de la aplicación de la pena justa en el sentido de que esta deberá ser reducida o dejar de ser aplicada cuando no sea necesaria a partir de consideraciones preventivas" (V. GRACIA MARTÍN, 1993). JAEN VALLEJO sostiene justamente lo contrario: primero prevención especial, limitada a la gravedad de la culpabilidad. En este caso el orden de los factores sí altera el producto, porque siguiendo a GRACIA MARTÍN, si en el reincidente no concurre una mayor culpabilidad, por mucho que las necesidades de prevención especial así lo aconsejen, no cabría un aumento de la pena. Ya hemos visto, en cambio, que aunque no concorra una mayor culpabilidad, JAEN VALLEJO sí considera que se puede aplicar la agravante de reincidencia.

ROMEO CASABONA, MANZANARES SAMANIEGO Y SERRANO GÓMEZ no ofrecen suficientes argumentos para sostener que la reincidencia pueda fundamentarse en la mayor culpabilidad. Se limitan a ofrecer afirmaciones de carácter general: "vincularse al hecho cometido y al mayor reproche del autor" (V. ROMEO CASABONA, 1992), "la agravación de la pena hay que fundamentarla en una mayor culpabilidad del sujeto" (SERRANO GOMEZ, 1976), "tras la condena anterior le es más reprochable su nueva conducta antijurídica" (V. MANZANARES SAMANIEGO, 1992-1).

MIR PUIG, tras dedicar seis páginas al estudio del fundamento de la reincidencia en este autor, concluye que:

"la reincidencia aumenta la culpabilidad, por no haber empleado el sujeto la mayor energía para evitar el nuevo delito que exigían el sentido informativo e inhibitor de la anterior condena, la posibilidad del recuerdo de ello y el estímulo actual que supone la nueva infracción. El sentido informativo de la anterior condena consiste en la aportación al condenado de un mayor conocimiento de la significación antijurídica del obrar contra derecho, mientras que su sentido inhibitor debe buscarse en el temor o intimidación que la condena supone para éste".

Consideremos la postura de CEREZO MIR., en su crítica del Borrador de anteproyecto de Código Penal español, Parte General de 1992 y bajo el epígrafe de Retroceso de la Prevención especial y medidas de seguridad, que:

"la supresión de la agravante de reincidencia me parece discutible, pues supone, a mi juicio, una mayor culpabilidad, es decir una mayor reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. El delincuente comete un nuevo delito a pesar de haber sido previamente condenado por otro, lo cual implica un juicio des valorativo sobre la conducta delictiva realizada y una

advertencia, y de haber recibido un tratamiento tendente a conseguir su reinserción social." (P. Leg. España, 1992)

Haciendo una distinción entre los diferentes delincuentes reincidentes (Privado, 1993), siendo ésta la siguiente:

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.

Al respecto, (V. CEREZO MIR, 2000) admite que hay determinados reincidentes, los enumerados 3 y 4 en los que concurre una tendencia al delito, una habitualidad, una mayor peligrosidad provocada por una anomalía de la personalidad, diferente a la enajenación mental y a los que sería aplicable una medida de seguridad. Siguiendo este razonamiento, en estos delincuentes, la reincidencia no podría fundamentarse en la culpabilidad, por cuanto si tienen una inclinación al delito, esta perturbación -que les hace merecedores del internamiento en un centro de terapia social- hay también, por lógica, una menor reprochabilidad de su conducta antijurídica. Se llegaría a la solución de que a los delincuentes reincidentes simples se les impusiera una mayor pena por concurrir en ellos una mayor culpabilidad.

Mientras que a los delincuentes reincidentes habituales y a los reincidentes habituales peligrosos de criminalidad grave, simplemente una medida de seguridad, por no concurrir en ellos mayor culpabilidad.

Es, decir se dota de un doble y separado fundamento a la reincidencia: en unos casos se fundamentaría en la mayor peligrosidad (grupos 3 y 4), mientras que en otros casos lo haría en una mayor culpabilidad (grupos 1 y 2). El autor

reconoce, que la reincidencia supone generalmente una mayor gravedad de la culpabilidad o que la culpabilidad suele ser mayor. Quedando el cuestionamiento, dónde se fundamentaría la reincidencia en aquellos casos en que no existe una mayor culpabilidad y se debe apreciar obligatoriamente la reincidencia puesto que así está establecido en la norma penal.

2.2.10. Reincidencia y habitualidad confrontado al derecho penal del enemigo.

Parte de la doctrina alemana, refiriere al tema de reincidente como enemigo del sistema, así, (JAKOBS, 2006: 279). Sostiene que:

“no es mi propósito convertir a alguien artificialmente en enemigo, sino el de describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quién atribuirá en el futuro ese papel. No se trata de crear normas, mucho menos de postulados políticos, sino de llevar a cabo constataciones, y de sus prolongaciones hacia el futuro”

Jakobs denomina y cataloga como “enemigo” del sistema, al delincuente habitual, esto es, a quien hace del crimen su “estilo o modo de vida”. Dando por sentada el concepto del denominado “Derecho penal del enemigo”, que sin duda trae crítica por un amplio sector de la doctrina y por el propio TC peruano. No se puede negar los aspectos en la realidad normativa, dado que esta –concepción- se ha dado en nuestra historia legislativa, a propósito por ejemplo de los Jueces sin rostro, o internacionalmente con el sistema penitenciario americano en Guantánamo – Cuba, el mismo que estipulaba un estilo de no respeto de los derechos humanos a presos recluidos en dichas instalaciones, realidad que se ha dado o se da con otro nombre claro, pero que arriba sin duda a 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 pasado criminal se aleja del sistema, catalogándolo entonces como –enemigo-, esto es, en una mera fuente de peligro que amenaza la normal convivencia social. En nuestro contexto, precisamente estaría dándose, el tratamiento legislativo del reincidente, del peligroso en

lo penal, procesal penal y en el campo penitenciario, esto constituye expresión del denominado –derecho penal del enemigo–.

El maestro Eduardo Alcócer Povis¹⁵, expresa que dejando de lado ciertos prejuicios académicos, los que nos llevan a sostener emotivamente que la legislación contra –enemigos– es ajena a un Estado Social y Democrático de Derecho, Es cierto que el grueso de decisiones legislativas dirigidas a asegurar al “enemigo” resultan ajenas al modelo de un Estado de Derecho, incluso éste de tipo constitucional, sin embargo existen situaciones jurídicas que justifican la adopción de medidas de extrema dureza en contra de –enemigos–, claro está no como concepto y término peyorativo, sino descriptivo del término. Por ejemplo, cuando se utiliza correctamente la llamada “colaboración eficaz” a fin de desbaratar organizaciones criminales o cuando se penaliza proporcionadamente el acto de pertenecer a una organización criminal. Como desarrolla nuestro código penal en su artículo 317, que para nuestra preocupación se encontraría plasmado en sus artículo 46b y 46c, con situaciones de –reincidencia– y –habitualidad– que dan la calidad de agravado su situación en prognosis de la edad del encierro en cárcel del delincuente que tiene esta calidad, dado que eleva su estadía en un tercio a la mitad del máximo establecido como pena privativa de libertad.

2.2.11. Apuntes conceptuales del tribunal constitucional peruano de reincidente y habitual, principio resocializador de la pena, culpabilidad y proporcionalidad.

Se ha desarrollado, importante desglose respecto a que las figuras agravantes de reincidente y habitual, no solo infringe principios de resocialización sino el

¹⁵Abogado asociado al Estudio Oré Guardia. Coordinado del área penal de Instituto de Ciencia Procesal Penal. Artículo Jurídico “El reincidente como “enemigo”: aproximación al tema. En http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/4ciclo/Analisis_de_la_JurisprudenciaCorte_Suprema/MATERIAL-DR.CARO/Alcocer-Reincidencia.pdf

de ne bis in idem, así desarrolla la STCExp.N°0019-2005-AI/TC. Concluye que “ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente”. Sin embargo el mismo tribunal sostiene que la figura de la reincidencia no vulnera los principios de ne bis in idem, culpabilidad y proporcionalidad.

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

Se tiene así, que el Tribunal Constitucional sólo evaluó a la reincidencia como agravante genérica, incluida en el art.46 del CP, cuyo límite es aquél que establece el máximo de pena conminada y no como agravante específica establecida en los artículos 46-B y 46-C, del Código Penal, que supera el máximo de pena conminada.¹⁶ Dice El TC, en el fundamento jurídico 15 de la Sentencia indicada lo siguiente:

“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 idem. Ello en razón de que constituye el cuestionamiento principal enarbolado por el demandante (...)”.

Respecto a la aplicación de reincidente como agravante genérico, el TC motiva, que el primer delito cometido no es objeto de una nueva sanción, sino sirve para graduar la pena por lo que no se afectaría el principio de ne bis in idem, pues en relación con la agravante por reincidencia establecida en el art.46 del CP no se —crea— una nueva sanción. La pena del tipo no se altera, las

¹⁶Exp.N°0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico No. 24.

circunstancias agravantes de reincidente y habitual, aun que esta última no la menciona el Tribunal, tienen como límite el máximo de pena privativa de libertad prevista legislativamente. Por lo tanto, en los casos de las agravantes genéricas no existe una vulneración a la prohibición del bis in idem. Desde el principio de legalidad, el mensaje normativo, dirigido al ciudadano, no se cambia puesto que él conoce el comportamiento prohibido y el rango de pena, mínimo y máximo legalmente establecido.

Como agravante específico, sí se establece un nuevo marco punitivo respecto al delito, en base al delito precedente, en sus artículos 46-B y 46-C de nuestro Código Penal vigente, sin embargo no existe una clara vulneración al principio ne bis in idem. Si bien se “crea” una nueva pena, en este sentido (REÁTEGUISÁNCHEZ 2006: 28) siguiendo a Zaffaroni indica que la “prohibición de doble valoración de hechos de cuantificación de pena o simplemente prohibición de doble valoración” resulta ser un desprendimiento de una forma de garantía material del non bis in idem.

En concepto contrario, (ZAFFARONI,2005:769) señala que aquello es una violación constitucional del non bis in idem, pues aquel plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, la idea tradicional de reincidencia como inevitable causa de habilitación de mayor pena deviene en inconstitucional.

La crítica a la reincidencia y a la habitualidad como agravantes específicas se explica por la vulneración al principio de culpabilidad y al de proporcionalidad.

Respecto al principio de culpabilidad, la STC Exp.Nº0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico 24, fundamento jurídico 39), el TC señala lo siguiente:

“una interpretación constitucional 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, si no en conjunto con otras

conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la LeyN°28726 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional”.

La determinación de la pena en este caso es de modo cuantitativo, de la culpabilidad debe de ser una decisión formada a partir de una valoración conjunta de diversos criterios, como los antecedentes penales del sujeto, asunto que no sería suficiente. Esto, en alusión a lo regulado en el art.46 del CP. Sin embargo, cuando se sanciona más allá de la pena conminada, como ordenan los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, la –nueva- pena será producto de la valoración única del pasado criminal, lo cual la deslegitima, creando una –peligrosidad- subjetiva, alejado de valorar otros elementos, puramente subjetiva, es que por la sola creencia que el sujeto, por haber delinquido, ya es perse un foco de peligro para la sociedad. Se pasa de un derecho penal de HECHOS y de AUTOR aun ilegítimo derecho penal del ÁNIMO.

No es cierto que es –“ilegítimo”- el derecho penal del “autor”, “se sanciona por lo que es no por lo que hizo”, el derecho penal en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho es –deber ser –no sólo de “hecho” sino también del “autor”, la regulación judicial actual así lo entiende, en especial cuando se analiza, por ejemplo, la culpabilidad en sentido estricto como categoría jurídica, pues en ella se evalúa, otros elementos, como la capacidad del sujeto individualmente considerado de acceder a la norma y de comportarse conforme a ese conocimiento. El derecho penal que aplicamos es también del “autor” es el de los criterios de individualización judicial de la pena (arts. 45 y 46 del CP). Yes que para determinar judicial y cuantitativamente la pena no sólo se evalúa la afección al bien jurídico, sino también se toma en cuenta las características de la persona, lo reproable es que se sancione a un sujeto en virtud de la llamada culpabilidad por el “ánimo”, de esta manera se sanciona al sujeto sin necesidad de que haya manifestado su conducta exteriormente,

sino por considerarlo peligroso en base a un juicio anticipado de peligrosidad, o por pertenencia a una determinada raza, género o ideología política. Es decir, por el hecho de haber delinquido anteriormente. En el caso de la reincidencia, el derecho penal del “ánimo” no se desprende al “hecho”: se procesa y sanciona a alguien por el hecho que cometió con una doble valoración del hecho. Sin embargo, la cuantificación de la pena supone una presunción de peligrosidad subjetiva mediante la cual se considera al sujeto, por su mero pasado criminal, como un ser predeterminado a cometer delitos. Lo prescrito en los arts.46-B y 46-C del CP pone en evidencia, precisamente, el ilegítimo derecho penal del “ánimo”.

Respecto al principio de la proporcionalidad, el TC indica que la intervención del legislador al restringir los derechos fundamentales, en el caso de la reincidencia, resulta idónea, legítima, necesaria (no existe otros medios alternativos), y es proporcional en sentido estricto. Por tanto, concluye, no se restringe ilegítimamente el derecho a la libertad.

El TC en la sentencia indicada, hace referencia a tal principio, en su variante de prohibición o interdicción por exceso, con lo que denota que dicho principio se satisface en sus tres presupuestos: Idoneidad, necesidad y de proporcionalidad, por lo que concluye, no infringe el principio de proporcionalidad.¹⁷

Para (V. CEREZO MIR, 2000) el principio de culpabilidad en razón a su contenido, sólo exige que pueda “culpase” al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere ciertas condiciones que permitan imputarle la lesión, ya sea como suya, como dolosa o imprudente, y como producto de una motivación normal. Nada dice esto de la gravedad de la lesión, por tanto, de que deba ajustarse a ésta la cuantía de la pena. Así, el principio de culpabilidad

¹⁷Exp.N°0014-2006-PI/TC, fundamento jurídico No. 24, fundamento jurídico Nos. 40-47.

implica, entre otras cosas, que la gravedad de la pena deberá ser proporcionada a la del hecho cometido. De ahí que se hable de dos aspectos o exigencias que habrá que distinguir en el principio de proporcionalidad:

i) Que la pena sea proporcionada al delito en términos de prevención general negativa y positiva; y

ii) Que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho pues, un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos por la que se impone, según el grado de -nocividad social- del ataque al bien jurídico.

Distingamos ahora, entre reincidencia y la habitualidad como agravantes genéricas (art. 46 del CP) del otro a nivel legislativo, como agravantes específicas (arts.46-By46-CdelCP).

Como agravantes Genéricas, reincidencia y de la habitualidad, la culpabilidad por el hecho del “autor” individualmente considerado tiene como dato resaltante el considerarlas como una muestra de la peligrosidad objetiva del sujeto, al lado de otros elementos objetivos, es sin duda proporción al delito cometido. En este caso, existe un mayor injusto en quien reincide en el delito, por lo que merece una respuesta pena diferente, pero limitada al máximo de pena privativa de libertad previsto legislativamente.

Como agravantes específicas, las figuras de la reincidencia y la habitualidad, no sólo se excede al contenido del injusto asignándole un plus de culpabilidad al autor, donde se le reprocha no sólo su “modo de vida”, sino que además se le impone una “nueva” sanción que supera los límites de la pena conminada, los cuales contrario al principio de proporcionalidad, así lo sustenta la Ejecutoria Suprema en expediente N° 691-2000 del 26 de mayo de 2000, se ha expresado en ese sentido:

“Por el principio proporcionalidad, [...] la pena no puede sobre pasar la responsabilidad por el hecho y, por tanto, no es atinado tomar en cuenta los antecedentes penales que registra el encausado, para efectos de determinar el quantum de graduación judicial de la pena, en un sistema penal del acto al que pertenece nuestro Código Penal”

La reincidencia y la habitualidad, como agravantes específicas, se traduce en uso irracional de la sanción, pues presupone una –nueva-pena, ésta mas más grave, innecesario para alcanzar los fines preventivos, existiendo otros métodos alternativos que reconocen la peligrosidad objetivamente demostrable del sujeto, señalado ya en el artículo 46 del Código Penal, no de modo subjetivo. La amenaza penal ha de mantenerse dentro de los límites de la racionalidad, que no suponga un instrumento de manipulación a través de la amedrentamiento de la pena.

Entonces, si una condena previa denota una mayor culpabilidad para salir de los umbrales de la pena abstracta, entonces la falta de ella bien podría importar una menor culpabilidad y así justificar –con la misma lógica– la imposición de una pena por debajo del mínimo legal; en otras palabras: considerar la no existencia de antecedentes penales como una atenuante”. (ORE SOSA, Eduardo, 2013)

El Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, tomó como referencia los Plenos Jurisdiccionales Distritales, Regionales y Nacional de Magistrados de lo Penal realizados en Arequipa, Lima e Iquitos, que analizaron y decidieron sobre los alcances hermenéuticos de la Leyes N°28726 y 28730, en lo que atañe: a) a las circunstancias de reincidencia y habitualidad (artículos 46°, incisos 12 y 13, 46°B, 46°C, y 69° del C.P.) y así como al b) concurso real de delitos (Art. 50° y 51° del C.P.). Particularmente en lo referente a sus presupuestos y requisitos legales, así como sobre sus efectos en la determinación de la pena concreta.

Dicho plenario fijó algunas reglas para la aplicación de las figuras de la reincidencia y la habitualidad, así la habitualidad se origina luego de que la persona haya cumplido en todo o en parte la condena por el delito previo (con él se resalta el mensaje comunicativo de la pena). Por ejemplo, para agravar la pena a una persona por el delito de homicidio por el supuesto de reincidencia, es necesario se demuestre, en primer lugar que dicha persona vulneró la norma “el que matare...”. En segundo lugar, debe verificarse que el agente vulneró otra norma cual es la de abstenerse a cometer otro delito, en el ejemplo, “no volverá cometer dolosamente otro delito”. La vulneración de estas dos normas fundamenta el plus de penalidad, siempre con el límite impuesto por el máximo de pena conminada.

El párrafo 12, establece la finalidad y el fundamento de la reincidencia. Así, se afirma que la agravante reincidencia tiene como finalidad, responder a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Contradiéndose al TC, quien afirma que la finalidad es preventiva general: “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general”¹⁸.

Estando advertidas ambas finalidades podemos encontrar el objetivo que se tuvo al regular la reincidencia. En cuanto al fundamento, éste se halla, en ambos documentos, en la agravación de la responsabilidad en virtud de la conducción de la “vida delictiva”¹⁹. Este –modo de vida-, conviene señalar que para que la peligrosidad sea objetiva, siendo que sólo de ese modo se puede fundamentar la reincidencia, no es suficiente el simple pasado criminal para que el Estado agrave su respuesta punitiva, es también necesario se verifique que objetivamente existen otros elementos que manifiesten indubitablemente dicho plus de peligrosidad. Si no, la presunción de riesgo social que recae en el reincidente será ilegítima.

¹⁸Exp.N°0014-2006-AI/TC, fundamento jurídico No. 43.

¹⁹Exp.N°0014-2006-AI/TC, fundamento jurídico No. 37

Otra información importante incluida en el Acuerdo²⁰ es aquella que establece que la reincidencia y la habitualidad:

“no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional”.

Se aparta de lo expresado por el TC en la STC Exp.0014-2006-AI/TC, ya que en esta sentencia sólo evaluó la constitucionalidad de la reincidencia y habitualidad como agravantes genéricas, dejando de lado la valoración de la cualidad de reincidente y habitual como agravantes genéricas (art.46 del CP) para utilizar la sólo como agravantes específicas (art.46-B y 46-C). Estando, así nuestro sistema punitivo, en relación que la reincidencia y la habitualidad en el Perú es expresión de una forma de -enemigo- en el sentido jurídico penal del término. En el Acuerdo se indica que:

“la condición cualificada de una agravante siempre demanda que el Juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el nuevo máximo de las penas básicas era el límite fijado por el art. 46B para dicho tipo de agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo legal”.

²⁰AcuerdoPlenario1-2008/CJ-116, párrafo 13

Es decir, al existir un nuevo marco agravado punitivo, cuando el hecho es cometido por un reincidente o habitual, así el legislador ha creado una –nueva pena-, sin embargo ello no vulnera la prohibición de bis in ídem, pues no sancionados o más veces a una misma persona valorando de manera sucesiva el mismo hecho.

Por Ley 29407 se modificó el art. 69 del CP de la siguiente forma:“(…)Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia, la cancelación será definitiva”. Que, al interpretar los arts. 46-B y 69 del CP, se afirma que la reforma de esta última disposición tuvo lugar con la Ley 28730 del 13 de mayo de 2006, se introdujo en el Código Penal justamente, entre otras categorías, la de la reincidencia, éste artículo 69 del CP, indica que “la reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena”, derogó lo dispuesto en el párrafo final del art. 46-B del CP que establecía lo siguiente: “A efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados”. Concluyendo que “la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta”. Debemos apuntar dos puntos relevantes a partir de esto: primero, la regulación del actual artículo 69 del CP termina con la frase –nueva pena-, se reafirma que la consecuencia penal del hecho cometido por el reincidente o por el habitual es una nueva sanción y, segundo; el –olvido-estatal de los antecedentes penales, judiciales y policiales de la persona es coherente con la figura de la reincidencia, pues no se podría sustentar la aplicación de una pena distinta al legal, pero que deviene en ilegal, cuando se convierte en un mecanismo que posibilita sancionar a una misma persona con una –nueva pena- ésta más grave, sin proporción.

2.2.12. Fin resocializador de la pena.

Resocialización del penado²¹ es desarrollar los fines de la pena, los que contienen en la resocialización, rehabilitación y la reinserción del penado, es revisar antes los conceptos, que entendemos respecto precisamente la logicidad de privar la libertad como castigo al delincuente, entre otros repasemos.

Teoría de la retribución absoluta. “(...), cuyos exponentes son Kant y Hegel. Según ella, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Tali3n: 'ojo por ojo, diente por diente'. Esta teor3a no s3lo carece de todo sustento cient3fico, sino que es la negaci3n absoluta del principio-derecho a la dignidad humana (...).”²²

Teoría de la prevenci3n especial. “(...) tambi3n denominada teor3a de la retribuci3n relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicaci3n misma, teniendo como prop3sito inmediato disuadir al delincuente de la comisi3n de il3citos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitaci3n de la libertad personal que significa su aplicaci3n; y, b) en el momento de su ejecuci3n, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitaci3n, reeducaci3n y posterior reinserci3n del individuo a la sociedad (...).”²³

²¹Tomado en referencia de Erudito Leguis; Derecho Penal

²²TC. Sent., set. 21/2006, Exp. N° 00019-2005-AI/TC. Pres. Alva Orlandini

²³Idem

Teoría de la prevención general. “(...) circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal. Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito. (...) Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin, los resume del siguiente modo: ‘(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado (...)’”²⁴

²⁴TC. Sent., set. 21/2006, Exp. N° 00019-2005-AI/TC. Pres. Alva Orlandini

Teorías de la unión “(...) Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.”²⁵

Podemos concluir que la teoría de la retribución, ésta contiene una concepción más tradicional de la pena, anclada en razones religiosas, éticas y jurídicas, establece en la pena una función de compensar por la culpabilidad en la que el autor ha incurrido con el delito cometido.

Por su parte, las teorías de la prevención especial y general, orientan la pena en una misión de prevenir delitos, es decir, como medio de protección de determinados intereses sociales. La teoría de la prevención especial sitúa el fin de la pena en evitar que el concreto autor del delito cometa otros en el futuro, así el internamiento, tiene efecto intimidante, disuade, mejora del delincuente: socialización o resocialización. La teoría de la prevención general considera que la pena no persigue retribuir la culpabilidad del delincuente o evitar que éste cometa futuros delitos sino más bien busca incentivar a los ciudadanos a un comportamiento pegado a derecho.

La teoría retributiva no puede evitar que la pena siempre se imponga aun cuando en el caso concreto no sea necesaria para garantizar la paz social y cuando, incluso, su imposición pueda acarrear efectos socialmente dañinos.

La teoría de la prevención especial exige que la pena impuesta a una persona que haya cometido un delito leve, por ejemplo, se prolongue tantos años como sean necesarios para modificar los defectos de su personalidad y en sentido contrario, la pena no se impondrá cuando el delincuente no represente peligro alguno para cometer nuevos delitos.

²⁵Idem.

La teoría de la prevención general lleva la idea de penas draconianas -penas más graves mayor intimidación- lo cual se contradice con los postulados de un estado de derecho.

Nuestro sistema penal opta por una posición intermedia, o teoría unitaria, la que concluye que ninguna de las tres teorías aplicadas unilateralmente puede resultar satisfactoria.

Así, la pena ha de ser limitada por la culpabilidad del autor y justamente es en el marco de la culpabilidad donde pueden perseguirse los distintos fines de la pena: la retribución de la culpabilidad, la resocialización y la prevención general. Nuestra preocupación, ancla sus fines precisamente en establecer el efecto resocializador de la pena, la misma que sin apartarse de ser retributivo y de ejemplarización general, deberá evaluar si hay coincidencia en los efectos punitivos de reincidente y habitual. Tanto más si reiteramos lo expuesto en D.S. 015-2003-JUS, en su artículo 97: «El tratamiento penitenciario es un conjunto de actividades encaminadas a lograr la modificación del comportamiento del Interno, con el fin de resocializarlo y evitar la comisión de nuevos delitos.» Por lo que, proponemos en este contexto nuestra variable dependiente.

2.3. DEFINICION DE TERMINOS.

2.3.1. Reincidencia.

El concepto generalmente aceptado de reincidencia deviene en -volver a cometer un hecho prohibido-. En el derecho penal tiene la connotación, de recaer o insistir en la conducta delictiva o quebrantamiento de la norma penal, siempre que éste es por segunda vez.

La reincidencia consiste en cometer un nuevo delito luego de una sentencia condenatoria, dentro de un período determinado de tiempo, lo que agravará la pena del delincuente, le impedirá acceder a la libertad condicional, permitiendo la incorporación de la reclusión por tiempo indeterminado.

La pena anterior debe ser real y no condicional. Se diferencia del concurso de delitos en que el delito o delitos anteriores ya han tenido condena efectiva. Carrara, fundamentó el aumento de la pena al reincidente en la insuficiencia de la pena ordinaria para ese delincuente, insuficiencia demostrada por el mismo autor al reiterar la conducta delictiva.

En derecho canónico, tiene su concepto, de repetir el delito, añadiéndole al mismo la suposición de -mayor perversidad y malicia en el delincuente- diferenciando del que comete el delito por primera vez, por esta razón el Derecho Canónico sanciona con más severidad y rigor.

Se debe de señalar además que la aplicación en la prognosis de la pena, la institución de la reincidencia, por motivos y fundamentos siguientes: mayor culpabilidad y peligrosidad del agente, y su mayor desprecio cualificado como rebeldía frente a los bienes jurídicos, ya que supone una mayor gravedad de lo injusto.

A fin de que se dé la circunstancia de 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.

La reincidencia en el delito constituye circunstancia agravante en nuestra legislación peruana dado que el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

2.3.2. Habitualidad.

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

Si el reo 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, en nuestra realidad jurídica, posibilitando que el Juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

2.3.3. Efecto o circunstancia agravante de la pena.

El término reincidente contiene el de habitual para asuntos de tratamiento de agravante, así tenemos, que el reincidente y habitual en el delito, así ésta defina una agravación de la pena, es decir, se establece la ejecución de la pena hacia su máxima edad, también es un presupuesto para la aplicación de la prisión provisional, dado la calidad de peligrosidad, entre otros. Otro presupuesto es como excepción a la ejecución de la pena, siendo que la suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual.

2.3.4. Efecto o circunstancia atenuante de la pena.

Por otro lado existen penalistas, afirmando que debe considerarse como causa de atenuación; ya sea porque la repetición del delito obedece a una disminución de la imputabilidad, ya sea porque es repetición se deriva de fallas en la organización social y de los malos sistemas penales y penitenciarios.

Confirmando así, lo que –supone- que es fin del tiempo dado en prisión, la resocialización, y éste Presidario al concluir con su –tratamiento- supone también estar –resocializado- caso contrario, no habría funcionado el fin último, y por ende ha fallado en esta realización científica del por qué se debe

de privar de la libertad al que delinquiró. Puesto que demuestra que el delincuente habitual es insensible a la sanción, y se mantiene en un estado de peligrosidad del cual hay que defenderse con medidas especiales, como las médicas u otros.

2.3.5. Principio de culpabilidad.

Culpabilidad en la determinación de la pena en este caso es de modo cuantitativo, bajo la categoría de la culpabilidad, como tercer elemento del concepto de delito se agrupan aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico. Se trata del elemento del delito en el que la persona del autor se relaciona dialécticamente con el detentador del iuspuniendi estatal. (DE LA CUESTA AGUADO, 2004) Es común definir la culpabilidad como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, fundada en que su autor, en la situación concreta, lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir, conforme a Derecho. Algunos códigos penales, como el de Paraguay de 1998 llegaba a hacer desaparecer el término "culpabilidad" que era sustituido por el de reprochabilidad. Sin embargo, la doctrina española pone de manifiesto como el término reprochabilidad se asocia al reconocimiento de la existencia del libre albedrío, algo imposible de probar en el caso concreto, por lo que desde teorías preventivas de la pena se propugna su sustitución por la idea de motivabilidad o de exigibilidad.

El principio de culpabilidad en razón a su contenido, sólo exige que pueda “culpase” al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere ciertas condiciones que permitan imputarle la lesión, ya sea como suya, como dolosa o imprudente, y como producto de una motivación normal.

2.3.6. Resocialización del penado.

Los fines de la pena, contenidos en la resocialización, rehabilitación y la reinserción del penado, es decir el tiempo dedicado al cumplimiento de la pena

privativa de libertad, deberá desarrollar las actividades tendientes a conseguir los contenidos entre ellos lograr su resocialización, concepto que enmarca el cambio de conducta pegado a ser un ciudadano de bien, no infractor.

Existen teorías al respecto como:

-Teoría de la retribución absoluta: la que afirma la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico.

-Teoría de la prevención especial: denominada también, como teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: Primero, tiene como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación. Segundo, en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad.

-Teoría de la prevención general: es un análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal.

-Teorías de la unión: sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.

2.3.7. Medidas de seguridad.

Sanción de carácter preventivo y desprovistas de finalidad retributiva y de carácter aflictivo e infamante, fundadas en la comprobación de un estado de peligro. Las medidas de seguridad pueden consistir en una neutralización, en un tratamiento terapéutico o un tratamiento re educativo. Impuestas a una persona física por su peligrosidad delictiva o criminal, por la comisión de un hecho delictivo, para lograr su inocuización, reeducación, reinserción o reforma. Existen antecedentes de medidas de seguridad post-delictuales y pre-delictuales (después o antes de la comisión del delito).

El art. 25.2 de la Constitución Española establece: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados».

El Derecho Penal en general ha optado, por el sistema dualista o de la doble vía: la lucha contra el delito se llevará a cabo mediante la pena (proporcionada a la gravedad de hecho típicamente antijurídico y culpablemente cometido, y con las finalidades de prevención general y especial) y las medidas de seguridad (ajustadas a la peligrosidad criminal del sujeto, que ha cometido un hecho previsto en la Ley como delito, y con la finalidad exclusiva de prevención especial).

2.3.8. Derecho, personalidad y pena resocializadora.

La legislación argentina, establece que una pena resocializadora viola frontalmente derechos y garantías constitucionales, estando a que toda constitución consagra el derecho a la libertad al impedir que el Estado se entrometa en todo aquello que no sea una acción que afecte a terceros. De este modo veda toda institución propia del derecho penal de autor. Como se verá, todo aquello que sea anterior a la acción dañosa, como son las acciones no lesivas, las ideas, la personalidad, estos son en si inalcanzable para los magistrados y para la ley. De ello podemos desprender que toda persona tiene

derecho de pensar y ser como es y cómo quiere, y que esas circunstancias no pueden ser objeto de desvaloración jurídica. Al ciudadano le es lícito, incluso, pensar que el derecho está equivocado y que las conductas violatorias de la ley son loables. Hasta tiene derecho de querer reincidir a su salida de la cárcel o durante su estadía en ella.

Otro supuesto, es que constitucionalmente se garantiza la difusión de las ideas, lo que quiere propender indiscutiblemente el derecho de tener ideas, ya que esa tenencia es necesariamente previa a la difusión (quien puede lo más puede lo menos: quien tiene derecho de difundir algo primero tiene derecho de tenerlo). Si las personas tienen derecho a tener sus propias ideas, es indudable que ese derecho no puede ser afectado mediante la pretensión estatal de lavarles el cerebro conforme los cánones de la mayoría o de quien detenta el poder o de quien controla los usos de opinión (SILVESTRONI, 2004) .

2.3.9. Prognosis punitiva.

Es función de la determinación judicial de la pena: identificar, y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe culpable de un delito, se trata de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales. Es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución.

Así tenemos dos etapas a fin de lograr el tiempo de privación de libertad, iniciándose en la Identificación de la pena Básica, encontrada ésta en el tipo penal, la que establece un espacio o un marco punitivo que tiene un límite o mínimo inicial y un máximo o límite final. El segundo momento es establecer la individualización de la pena concreta, así nuestra legislación peruana establece la división de la pena en tres partes o campos, es decir el tercio la pena básica, atendiendo situaciones de agravación y atenuación entre estos tercios.

Asunto, peculiar de nuestro sistema punitivo traspasa estos límites con la reforma en dosificación de las penas, al incluir en nuestro Código Penal, el 9 de mayo de 2006 por Ley N° 28726, se inserta las instituciones de la Reincidencia y la Habitualidad, al existir la primera en los antecedentes del delincuente el Juez podrá incrementar la pena por encima del máximo del tipo penal, y al existir habitualidad en más una mitad.

2.3.10. Violación sexual de menor de edad (pedofilia)

Robert Ressler experto en perfiles criminales afirma que: “Los delincuentes que cometen actos antisociales contra otras personas, crímenes que no tienen nada que ver con el dinero, son diferentes de los delincuentes normales cuya motivación es el lucro. Los violadores y pederastas por ejm., no buscan beneficiarse económicamente de sus crímenes, lo que buscan es la satisfacción emocional pero de una manera pervertida”

La pedofilia, un tipo de abuso sexual contra niños. El abuso sexual se define como contactos e interacciones entre un niño y un adulto cuando el adulto usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño o a otra persona. El abuso sexual puede ser también cometido por una persona menor de 18 años cuando esta es significativamente mayor que el niño o cuando el agresor está en una posición de poder o control sobre otro²⁶. La pedofilia o paidofilia es un trastorno sexual que está clasificado dentro las parafilias que vendrían a ser desviaciones sexuales o perversiones donde la fuente de placer está caracterizada por fantasías, impulsos excitatorios o comportamientos que abarcan desde objetos no humanos hasta el sufrimiento o humillación de uno mismo, la pareja, niños o adultos.

Se basan en un deseo incontrolable de materializar estas fantasías. Las parafilias pueden tener carácter exclusivo, cuando las fantasías son el único

²⁶ Definición aportada por National Center of Child Abuse and Neglect (1978)

camino de encontrar la excitación sexual o esporádica cuando no prevalecen o se presentan episódicamente.

La causa exacta de la pedofilia es algo que aún se desconoce. Hay muchas teorías y explicaciones desde lo biológico, psicológico, social, etc.

Recientemente se han propuesto modelos biológicos:

- Se ha planteado una alteración neuroendocrina como base del cuadro, ya que en algunos casos se ha vinculado su aparición con daños orgánicos cerebrales que afectan al hipotálamo o al sistema límbico

- La amígdala, una estructura cerebral que desempeña un papel clave en la emoción y la excitación pueden trabajar de manera muy diferente en hombres pedófilos de lo que hace en los hombres que no son sexualmente atraídos por los niños, según un nuevo estudio en Alemania.

Algunos profesionales de la salud mental, han sugerido que la pedofilia es un tipo de adicción, una compulsión a realizar actos sexuales con niños, debido a un mecanismo cerebral parecido al que ocurre en el cerebro de los narco adictos, ludópatas, etc.

Es importante señalar que antes de diagnosticar el trastorno de pedofilia, se debe descartar toda alteración orgánica cerebral, retraso mental, psicosis, etc., que en forma secundaria lleve a una pedofilia. Esta desviación sexual suele presentarse sin patología previa y de forma primaria.

La Psicología del pedófilo, es algo que hay que entender es que al pedófilo no le atrae sexualmente un cuerpo infantil, sino más bien lo que la niñez simboliza, es algo psicológico. La pedofilia es, en esencia, un autoerotismo. El pedófilo utiliza el cuerpo del niño para masturbarse en él. De ahí el éxito de Internet entre los pedófilos: ofrece sin un cuerpo, el sexo anónimo, masturbatorio. Los niños en el ciberespacio son meras representaciones, a menudo nada más que

fotos eróticas. Los varones agresores, están socializados para dominar: los niños les resultan atractivos debido a su baja capacidad de dominación relación con inmadurez, baja autoestima y agresividad del -agresor-. Los Pedófilos comienzan como personas “normales” y luego descubren para su angustia que son atraídos por prepúberes. La adolescencia es clave en el nacimiento de esta psicopatología. “Si el joven se excita con estímulos atípicos, como imágenes infantiles, puede acabar asociando placer sexual con niños”, aclara Enrique Echeburúa, un reconocido psicólogo español. Esa hipótesis la corrobora Santiago Redondo, profesor de Psicología y Criminología de la Universidad de Barcelona: “El adolescente se inicia en el sexo pensando en niños. El problema es que reproduce esa experiencia en su imaginación”. Ellos suelen tener un sistema de creencias disfuncionales a las que le llamaremos -distorsiones cognitivas-, como ejemplo citamos algunas: (C.R.Hollin1989): i) Las caricias sexuales no son en realidad sexo y por ello no se hace ningún mal. ii) Los niños no lo dicen debido a que les gusta el sexo. iii) El sexo mejora la relación con un niño. iv) La sociedad llegará a reconocer que el sexo con los niños es aceptable. v). Cuando los niños preguntan sobre el sexo significa que él o ella desean experimentarlo.vi) El sexo práctico es una buena manera de instruir a los niños sobre el sexo. vii). La falta de resistencias físicas significa que el niño desea contacto sexual.

Existen Tipos de pedófilos, si bien no existe un perfil acabado del abusador sexual, es importante conocer los últimos avances de la investigación en relación a estos sujetos. Expondré la tipología creada por Kenneth V. Lanning, M.S., agente retirado del FBI y ex miembro de la famosa Unidad de Ciencias del Comportamiento de la FBI – uno de los mayores expertos en el mundo en esta temática- y por el Dr. Park Dietz su colaborador investigativo. Ellos dividen a los abusadores sexuales de niños en dos categorías:

El Abusador situacional (pederasta), este tipo de abusador suele tener baja inteligencia y provenir de medios socioeconómicos bajos, aunque también puede ser inteligente y de medios socioeconómicos altos. Puede ser

diagnosticado como portador de trastornos de personalidad del tipo, sicopático/antisocial, narcisista, esquizoide y sádico. También podría padecer de psicosis, retraso mental o senilidad. Podría ser un adolescente quien no tiene amigos de su edad o un solitario que aún vive con sus padres. A menudo cuenta con antecedentes criminales varios. Le gusta la pornografía violenta. Es impulsivo, actúa bajo impulsos lujuriosos y/o situaciones estresantes. Su acto criminal suele ser espontáneo. Este es el tipo de abusador que suele llegar a raptar, dañar físicamente e incluso matar a su víctima. Basa su acción en la disponibilidad de algún niño/a y en la oportunidad, para ejercer su ataque. Este tipo de abusador sexual no tiene una preferencia exclusiva por los menores. Puede cometer su crimen por una variedad de razones, muchas veces como un sustituto sexual de su pareja habitual. Su modus operandi suele ser la coerción, la manipulación, el uso de la fuerza. Es un sujeto que abusa de la gente: esposa, amigos, compañeros de trabajo, no solamente de los niños. Suele mentir, robar, engañar. Molesta a los niños por una simple razón -¿Por qué no?-. Sus víctimas suelen ser desconocidas para él, aunque a veces puede ser su propio hijo o algún hijo de un amigo, vecino, etc. Suelen correr muchos riesgos, usar armas y cometer errores en la ejecución de su crimen, por su estilo impulsivo de comportarse.

El Abusador preferencial (pedófilo), los abusadores de niños preferenciales, tienen una preferencia sexual definida por los menores. Sus fantasías sexuales y las imaginaciones eróticas se enfocan en los niños. Casi siempre tienen el acceso a los menores, molestan a múltiples víctimas. Suelen ser más inteligentes que los pederastas y provenir de medios socioeconómicos más altos. En este grupo se encuentran muchos -padres, tíos, primos, hermanos, abuelos-, este dato es incómodo y sumamente perturbador, pero su realidad es innegable. Muchas veces el -enemigo- se encuentra en nuestra propia casa. A menudo tienen más de una parafilia. Su conducta sexual es compulsiva, ejecutan su crimen por una -necesidad- que les lleva a desplegar actos ritualísticos sexuales, que podrían ser como los siguientes: elegir solo una determinada edad o sexo, ejecutar el acto de cierta manera, usar objetos, hablar

de forma abusiva, rara ante su víctima, etc. El motor de su accionar son sus fantasías. Es mentiroso y manipulador. Planea eficientemente su delito. Evalúa sus experiencias. Suele usar tecnología moderna para excitarse, como el computador, video. Muchas veces coleccionan pornografía infantil -impresa y/o videos-. Se acerca al niño/a de forma seductora, prodigándole atenciones. Manipulan a su víctima, dándole regalos, prometiéndoles cosas. No aceptan su responsabilidad. Ocultan de manera astuta su perversión. Tienen mucha facilidad para entender y manejar a sus víctimas, detectan fácilmente las necesidades de estas. Este tipo de abusador es crónico y por lo tanto es menos probable que puede modificar su conducta desviada.

2.4. HIPÓTESIS.

2.4.1. Hipótesis General.

No existe efecto resocializador de aplicar reincidencia y habitualidad, en el quantum de la pena.

2.4.2. Hipótesis Específicos.

- a. No existen fundamentos resocializadores de aplicar en el quantum de la pena, los efectos de reincidencia y habitualidad.
- b. Se merman derechos inherentes a la persona relacionados al fin resocializador de la pena, con la aplicación de reincidencia y habitualidad.
- c. Son los factores socio-políticos, por los que se posibilita la adecuación de reincidencia y habitualidad en la sanción penal.

2.5. IDENTIFICACION DE VARIABLES.

2.5.1. Variable Independiente (VI)

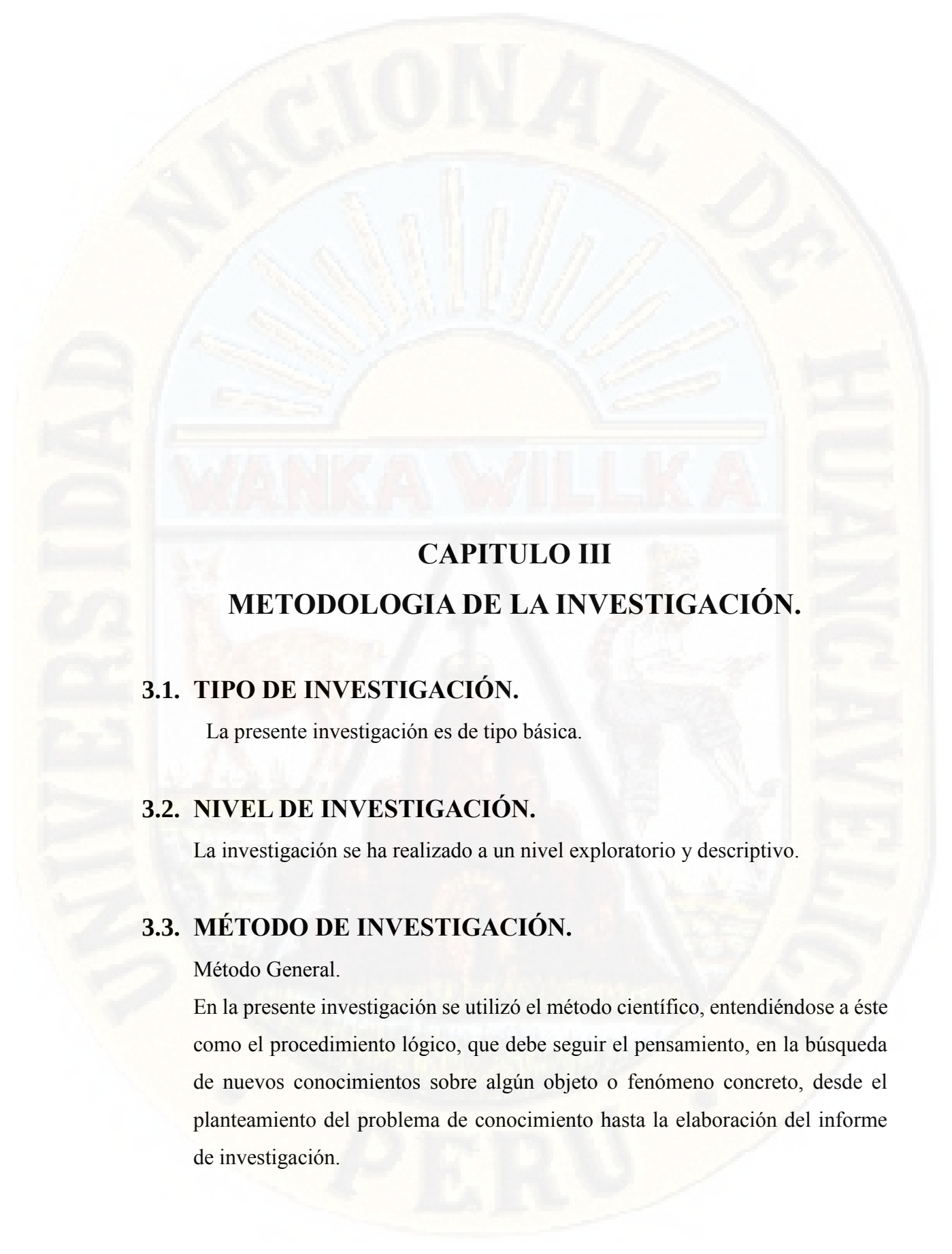
V. DEPENDIENTE	INDICADORES:
X : Efecto de Reincidencia y Habitualidad	efecto o circunstancia agravante de la pena

	efecto o circunstancia atenuante de la pena
	Incidencia de delitos.
	Medidas de seguridad.
	Influencia de legislación comparada.

2.5.2. Variable Dependiente (VD)

TE	INDICADORES:
Y: Resocialización del Penado.	Teoría de la retribución absoluta
	Teoría de la prevención especial
	Teoría de la prevención general
	Teorías de la unión

V. DEPENDIENTE	INDICADORES:
Y1: Violación Sexual de menor de edad (pedofilia)	Prognosis punitiva
	Resocialización del violador
	Derecho, Personalidad y Pena Resocializadora.
	Efecto de medida de seguridad



CAPITULO III

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN.

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

La presente investigación es de tipo básica.

3.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN.

La investigación se ha realizado a un nivel exploratorio y descriptivo.

3.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

Método General.

En la presente investigación se utilizó el método científico, entendiéndose a éste como el procedimiento lógico, que debe seguir el pensamiento, en la búsqueda de nuevos conocimientos sobre algún objeto o fenómeno concreto, desde el planteamiento del problema de conocimiento hasta la elaboración del informe de investigación.

Entre ellos el analítico, consiste en la descomposición, separación, aislamiento del conocimiento a priori en los elementos del conocimiento puro del entendimiento. Se le liberan o se le desata cada uno de los elementos que integraban la complejidad del objeto (RAMOS SUYO, 2004)

3.4. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.

El diseño de la presente investigación está bajo un diseño no experimental de tipo descriptivo. Para tal efecto, se logró obtener como fuentes de investigación: legislación, doctrina y en específico, un expediente; donde se logró efectuar entrevistas a los magistrados que tengan experiencia en materia de derecho penal tanto en los fueros académicos como en el ejercicio profesional.

3.5. POBLACION, MUESTRA, MUESTREO.

3.5.1. Población

Se consideraron a magistrados en la especialidad de Derecho Penal tanto del Poder Judicial como a Fiscales del Ministerio Público.

3.5.2. Muestra

Distrito Judicial de Huancavelica.

3.6. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS.

La elección de las técnicas e instrumentos utilizados para recabar y procesar la correspondiente información, se relaciona directamente con los métodos empleados y el tipo de investigación realizada.

3.6.1. Técnicas.

La técnica a utilizar, es la encuesta.

3.6.2. Instrumentos.

EL instrumento a utilizar, es el cuestionario.

3.7. TECNICAS DE PROCESAMIENTO DE RECOLECCION DE DATOS.

- Fuentes primarias
- Análisis de expediente.
- Análisis de las fuentes bibliográficas.
- Encuesta a magistrados y/o fiscales relacionados al tema.
- Fuentes secundarias
- Básicamente consistió en la revisión del material bibliográfico sobre la materia objeto de la investigación, utilizando para ello el análisis documental.

3.8. VALIDEZ DEL CUESTIONARIO DE ENCUESTA.

Concordando con Moran (2010) la validez está referida al grado en que un instrumento mide realmente la variable que pretende medir o dicho de otra manera obtiene los datos que se pretende recolectar.

Para tal efecto se ha trabajado con un grupo de tres expertos, los cuales dieron su opinión sobre la estructura del instrumento teniendo en cuenta los diez indicadores del instrumento y cuyos resultados se muestran a continuación:

Tabla 1 Análisis de informes de expertos para el instrumento de medición.

Indicador	Calificación del Juez			Índice de acuerdo	de DECISIÓN DEL INDICADOR
	1	2	3		
Claridad	5	5	5	1,00	Aprobado
Objetividad	5	4	4	0,87	Aprobado
Actualidad	5	4	5	0,93	Aprobado
Organización	4	4	4	0,80	Aprobado
Suficiencia	4	4	5	0,87	Aprobado
Pertinencia	4	4	5	0,87	Aprobado
Consistencia	5	4	5	0,93	Aprobado

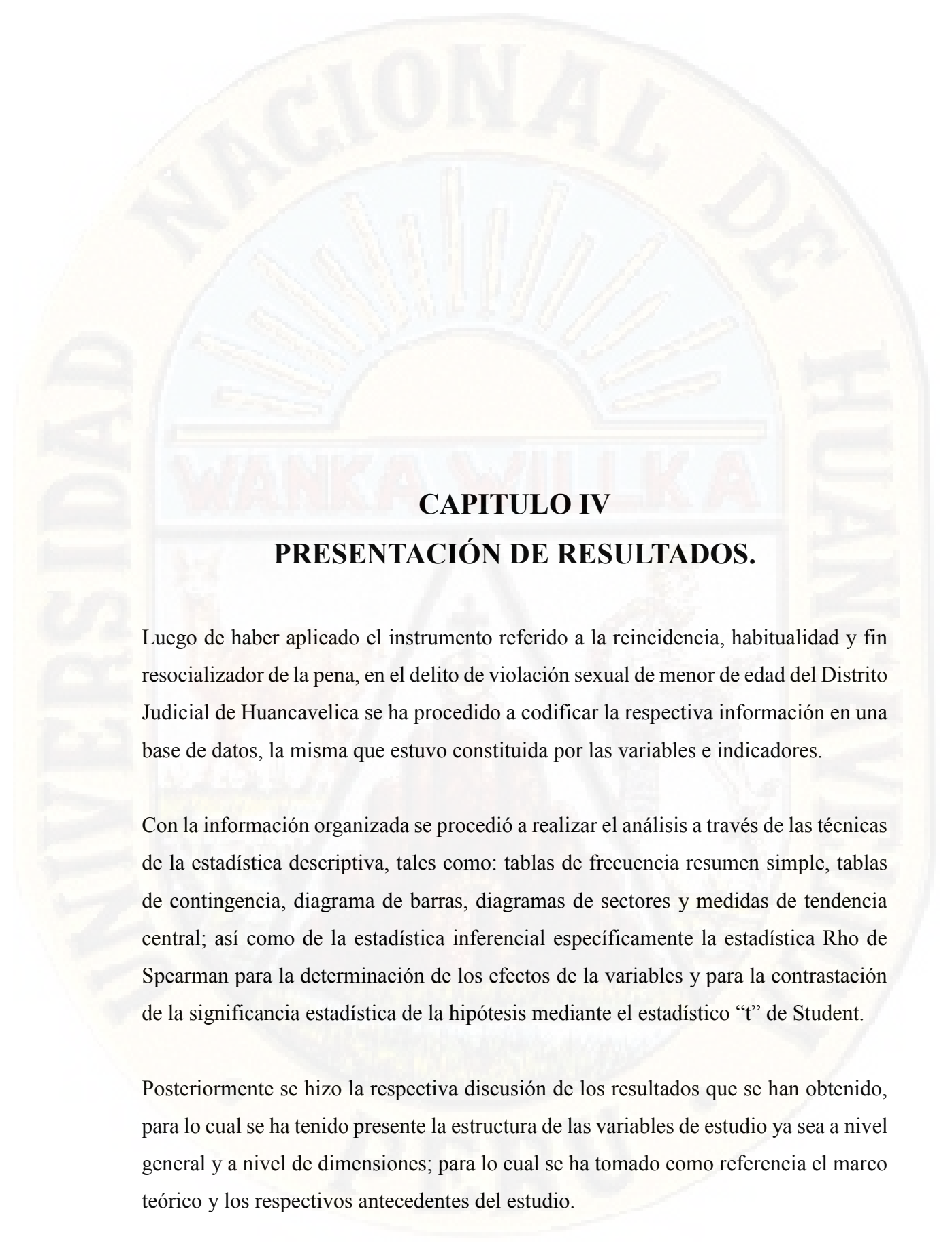
Coherencia	4	5	5	0,93	Aprobado
Metodología	5	4	4	0,87	Aprobado
Aplicación	4	4	5	0,87	Aprobado

Elaboración propia.

Para el cálculo del índice de acuerdo (IA) se usó la siguiente fórmula:

$$IA = \frac{N^{\circ} \text{ de acuerdos}}{N^{\circ} \text{ de acuerdos} + N^{\circ} \text{ de desacuerdos}}$$

Teniendo en cuenta a Meléndez (2011) para discriminar los indicadores de acuerdo al índice de acuerdos, se tiene como umbral el valor de 0,70. En la tabla observamos que los diez indicadores tienen índices de acuerdo mayores a 0,70 por tanto concluimos que el instrumento es válido.



CAPITULO IV

PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.

Luego de haber aplicado el instrumento referido a la reincidencia, habitualidad y fin resocializador de la pena, en el delito de violación sexual de menor de edad del Distrito Judicial de Huancavelica se ha procedido a codificar la respectiva información en una base de datos, la misma que estuvo constituida por las variables e indicadores.

Con la información organizada se procedió a realizar el análisis a través de las técnicas de la estadística descriptiva, tales como: tablas de frecuencia resumen simple, tablas de contingencia, diagrama de barras, diagramas de sectores y medidas de tendencia central; así como de la estadística inferencial específicamente la estadística Rho de Spearman para la determinación de los efectos de la variables y para la contrastación de la significancia estadística de la hipótesis mediante el estadístico “t” de Student.

Posteriormente se hizo la respectiva discusión de los resultados que se han obtenido, para lo cual se ha tenido presente la estructura de las variables de estudio ya sea a nivel general y a nivel de dimensiones; para lo cual se ha tomado como referencia el marco teórico y los respectivos antecedentes del estudio.

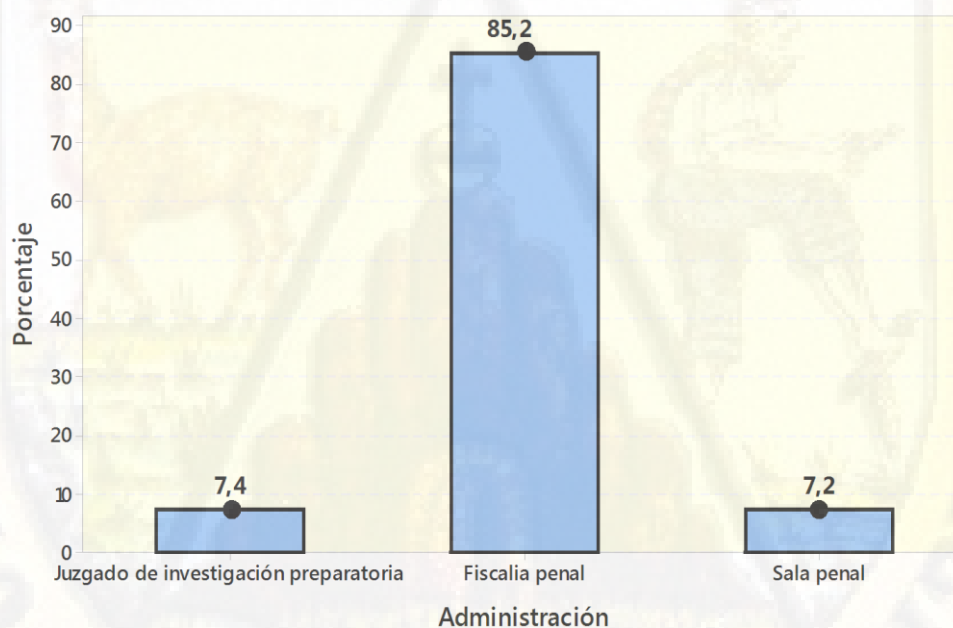
Como herramienta de apoyo, se ha utilizado el programa IBM SPSS Versión 24 (Programa Estadístico para las Ciencias Sociales) con lo cual se contrasto la veracidad de los resultados obtenidos.

4.1. PRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

Tabla 2 ¿En qué dependencia labora Ud.?

¿En qué dependencia labora Ud.?	f	%
Juzgado de investigación preparatoria	2	7,4
Fiscalía penal	23	85,2
Sala penal	2	7,4
Total	27	100,0

Fuente: *Cuestionario de encuesta aplicado.*



Porcentaje en todos los datos.

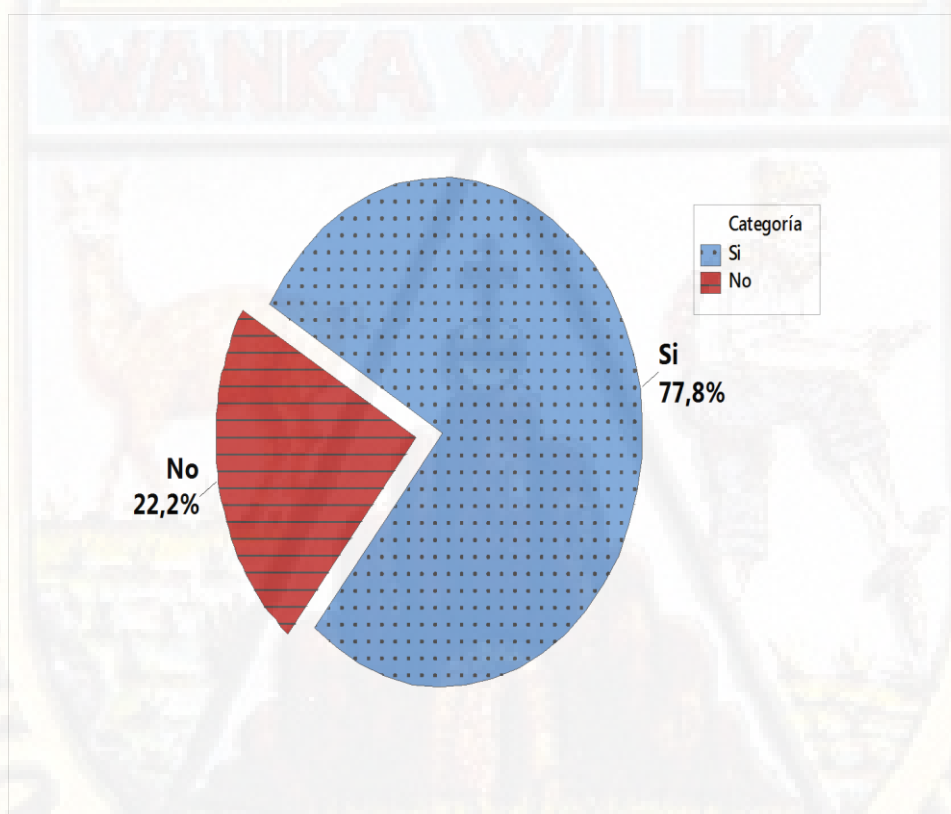
Fuente 1 Tabla 1.

Los resultados de la tabla 1 muestran que de los magistrados en la especialidad de Derecho Penal el 7,4% (2) laboran en el Juzgado de investigación preparatoria, el 85,2% (23) trabajan en la Fiscalía Penal y el 7,4% trabajan en la Sala Penal (2).

Tabla 3 ¿Ud. considera que el efecto resocializador en la reincidencia y habitualidad, es una institución jurídica positiva para el sentenciado?

Categoría de respuesta	f	%
Si	21	77,8
No	6	22,2
Total	27	100,0

Fuente: Cuestionario de encuesta aplicado.



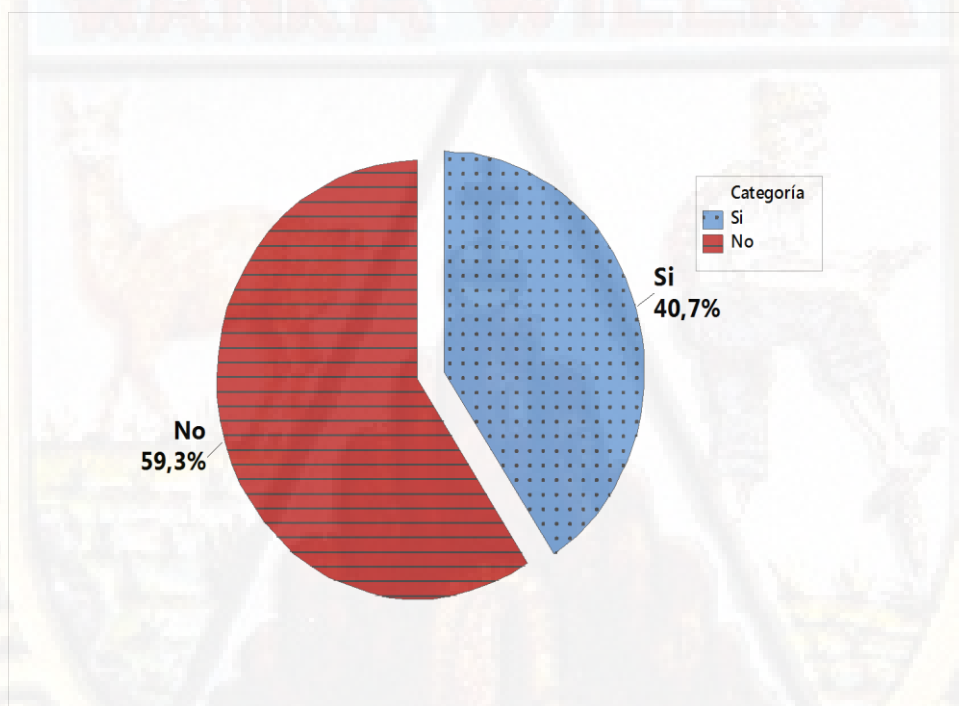
Fuente 2 Tabla 2.

Los resultados muestran que el 77,8% (21) de los encuestados consideran que el efecto resocializador en la reincidencia y habitualidad, es una institución jurídica positiva para el sentenciado; mientras que el 22,2% (6) no lo considera.

Tabla 4 ¿Ud. considera que existe vulneración de derechos integrales relacionados al fin resocializador de la pena, con la aplicación de la reincidencia y la habitualidad?

Categoría de respuesta	f	%
Si	11	40,7
No	16	59,3
Total	27	100,0

Fuente: *Cuestionario de encuesta aplicado.*



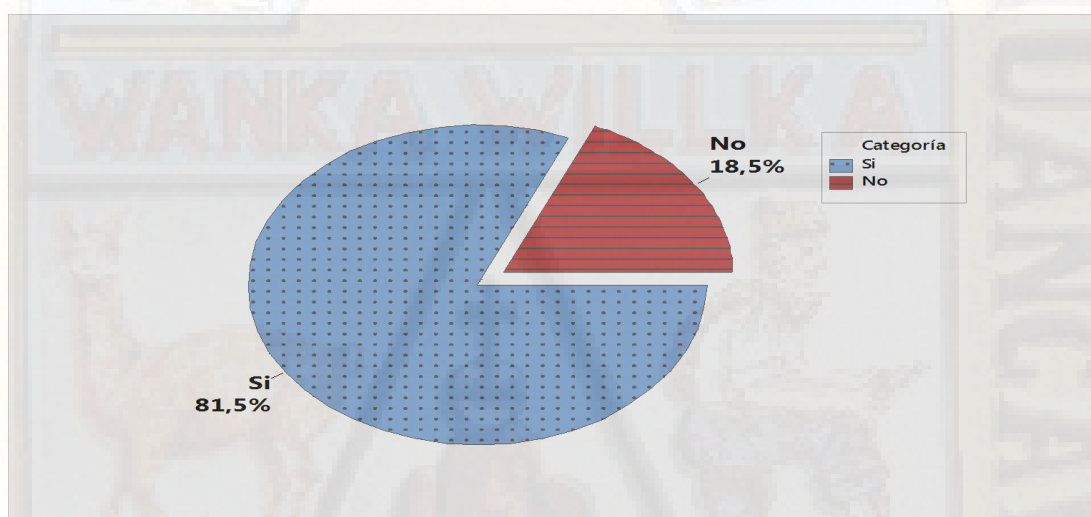
Fuente 3 Tabla 3.

Los resultados muestran que el 40,7% (11) de los encuestados consideran que existe vulneración de derechos integrales relacionados al fin resocializador de la pena, con la aplicación de la reincidencia y la habitualidad; mientras que el 59,3% (16) no lo considera.

Tabla 5 ¿Ud. considera que los factores socio - políticos influyen para la adecuada sanción penal respecto a la reincidencia y habitualidad?

Categoría de respuesta	f	%
Si	22	81,5
No	5	18,5
Total	27	100,0

Fuente: Cuestionario de encuesta aplicado.



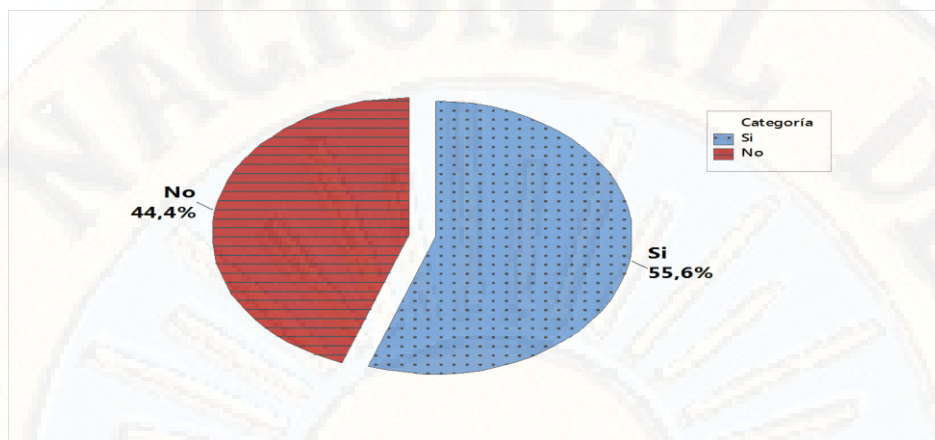
Fuente 4 Tabla 4.

Los resultados muestran que el 81,5% (22) de los encuestados consideran que los factores socio – políticos influyen para la adecuada sanción penal respecto a la reincidencia y habitualidad; mientras que el 18,5% (5) no lo considera así.

Tabla 6 ¿Ud. considera que existe relación directa entre prognosis de la pena y su efecto re-socializador?

Categoría de respuesta	f	%
Si	15	55,6
No	12	44,4
Total	27	100,0

Fuente: Cuestionario de encuesta aplicado.



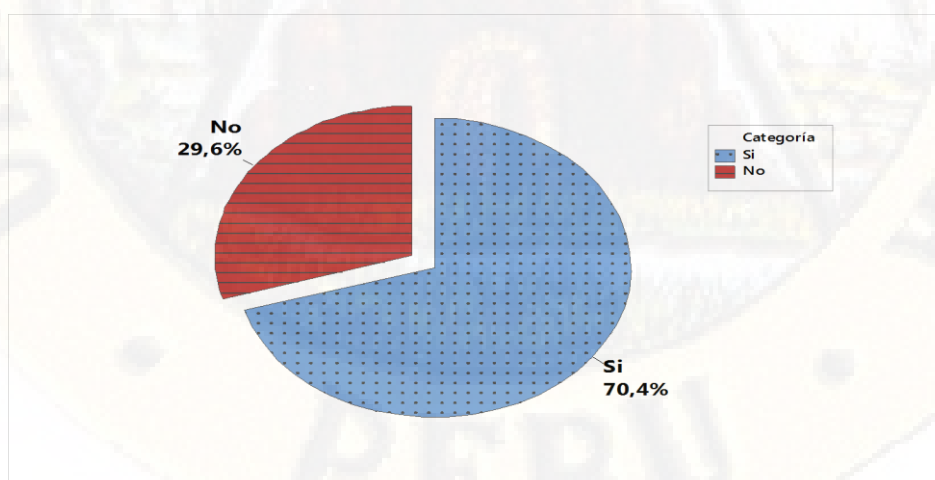
Fuente 5 Tabla 5.

Los resultados muestran que el 55,6% (15) de los encuestados consideran que existe relación directa entre pronóstico de la pena y su efecto resocializador; mientras que el 44,4% (12) no lo considera así.

Tabla 7 ¿Ud. considera que existe en los fundamentos de la pena bases de resocializar al penado?

Categoría de respuesta	f	%
Si	19	70,4
No	8	29,6
Total	27	100,0

Fuente: Cuestionario de encuesta aplicado.



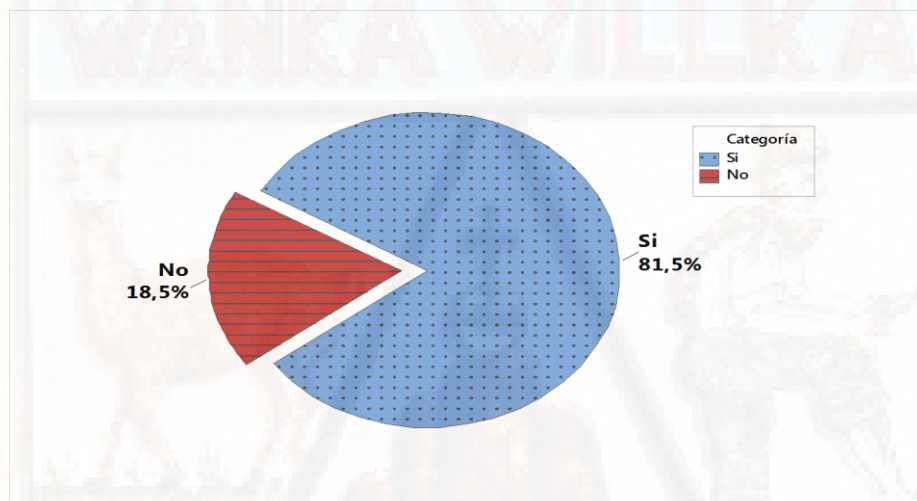
Fuente 6 Tabla 6.

Los resultados muestran que el 70,4% (19) de los encuestados consideran que existe en los fundamentos de la pena bases de resocializar al penado; mientras que el 29,6% (8) no lo considera así.

Tabla 8 ¿Ud. considera que es un derecho la resocialización del penado?

Categoría de respuesta	f	%
Si	22	81,5
No	5	18,5
Total	27	100,0

Fuente: Cuestionario de encuesta aplicado.



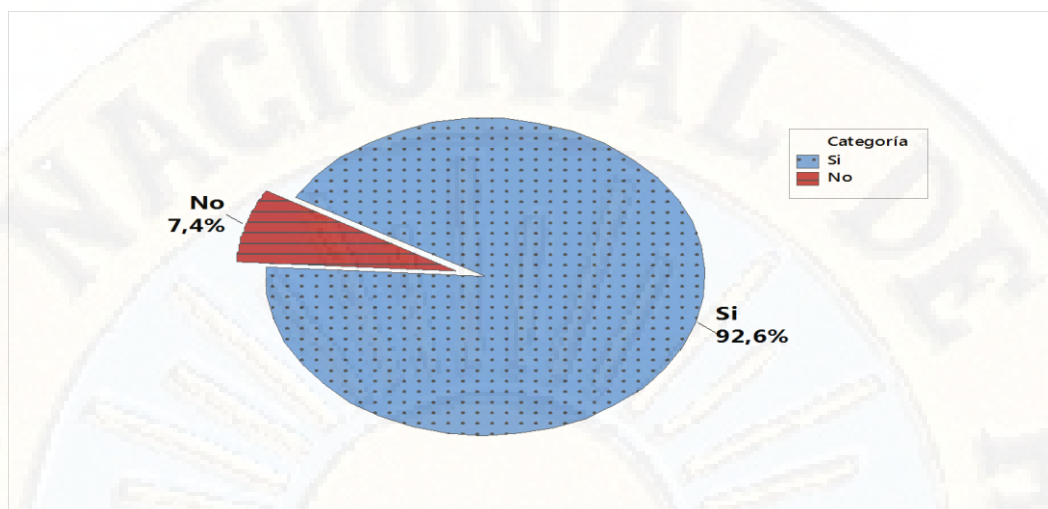
Fuente 7 Tabla 7.

Los resultados muestran que el 81,5% (22) de los encuestados consideran que es un derecho la resocialización del penado; mientras que el 29,6% (8) no lo considera así.

Tabla 9 ¿Ud. considera que es un deber del Estado resocializar al penado?

Categoría de respuesta	f	%
Si	25	92,6
No	2	7,4
Total	27	100,0

Fuente: Cuestionario de encuesta aplicado.



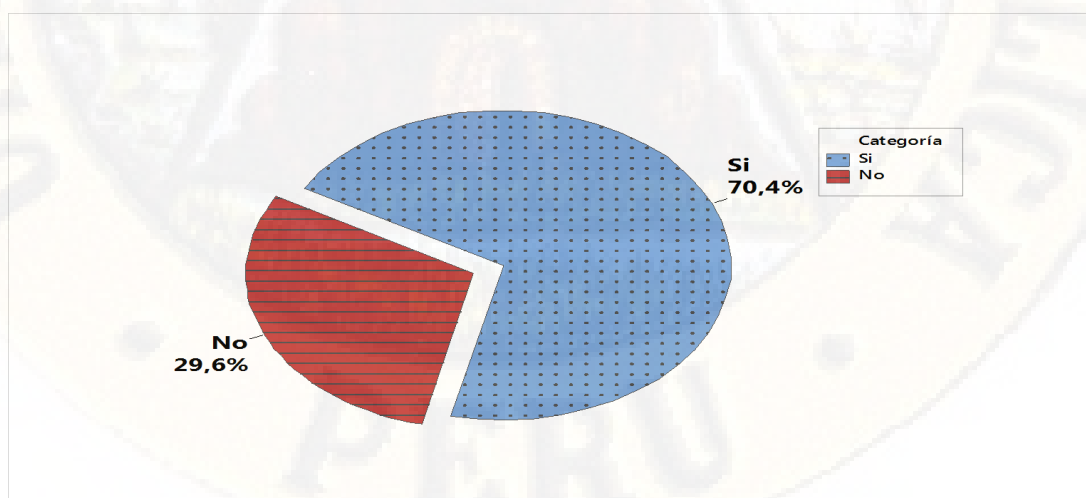
Fuente 8 Tabla 8.

Los resultados muestran que el 92,6% (25) de los encuestados consideran que es un deber del Estado resocializar al penado; mientras que el 7,4% (2) no lo considera así.

Tabla 10 ¿Ud. considera que existe relación de causa – fin entre privación de libertad y resocialización?

Categoría de respuesta	f	%
Si	19	70,4
No	8	29,6
Total	27	100,0

Fuente: Cuestionario de encuesta aplicado.



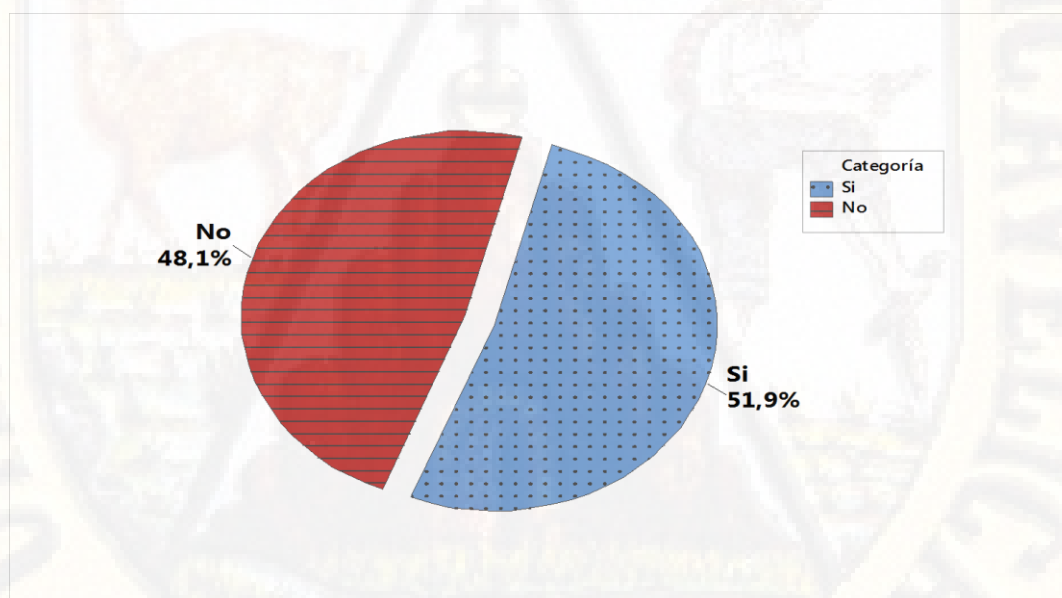
Fuente 9 Tabla 9.

Los resultados muestran que el 70,4% (19) de los encuestados consideran que existe una relación causa – fin entre privación de libertad y resocialización; mientras que el 29,6% (8) no lo considera así.

Tabla 11 ¿Ud. considera que es efectivo incrementar el tiempo de la pena por reincidencia y habitualidad a fin de lograr la resocialización del penado?

Categoría de respuesta	f	%
Si	14	51,9
No	13	48,1
Total	27	100,0

Fuente: Cuestionario de encuesta aplicado.



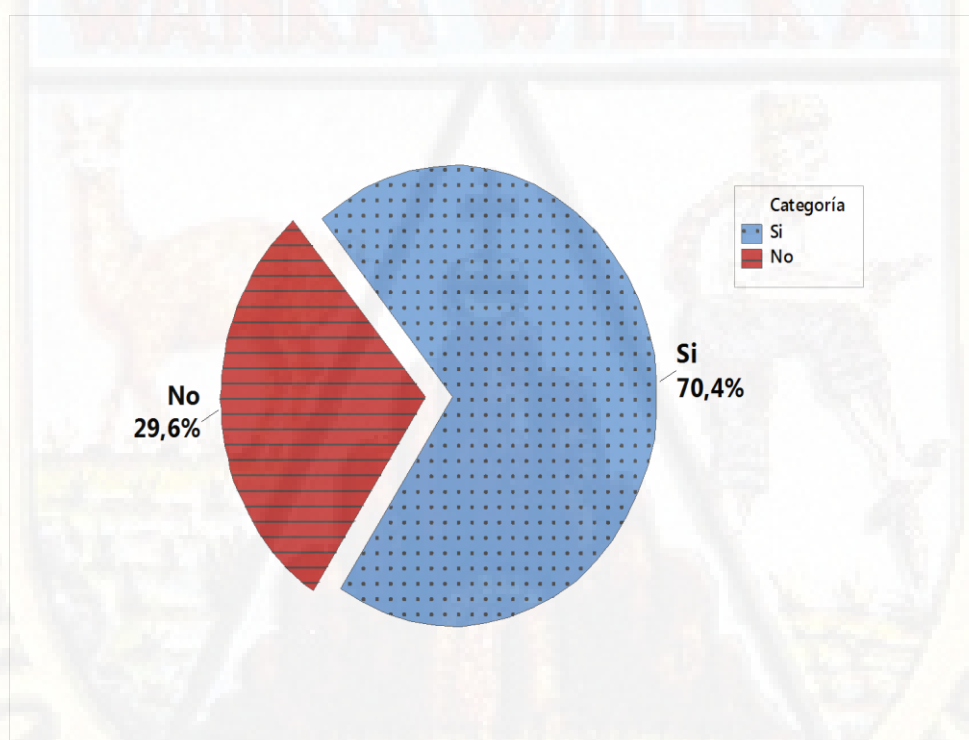
Fuente 10 Tabla 10.

Los resultados muestran que el 51,9% (14) de los encuestados consideran es efectivo incrementar el tiempo de la pena por reincidencia y habitualidad a fin de lograr la resocialización del penado; mientras que el 48,1% (13) no lo considera así.

Tabla 12 ¿Ud. considera que el incremento de las penas por motivo de aplicar reincidencia y habitualidad son por razones de clamor socio - político?

Categoría de respuesta	f	%
Si	19	70,4
No	8	29,6
Total	27	100,0

Fuente: Cuestionario de encuesta aplicado.



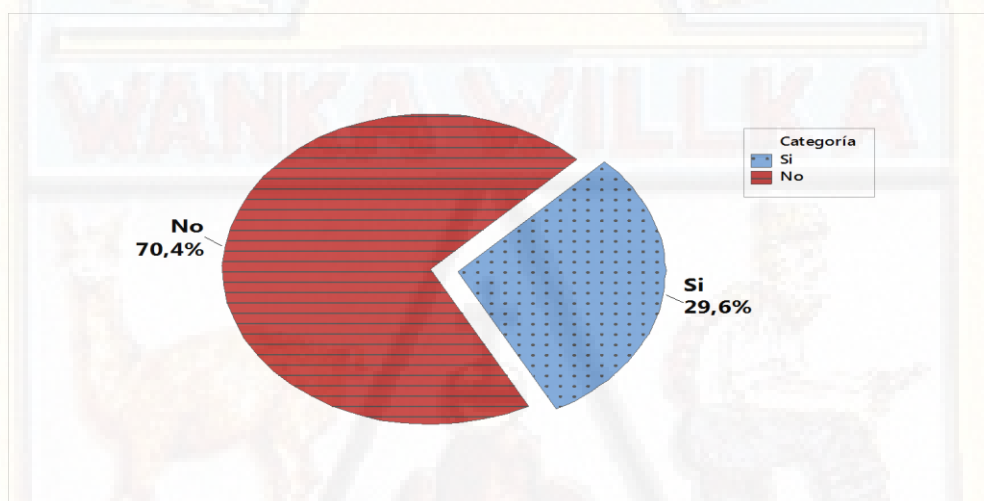
Fuente 11 *tabla 11.*

Los resultados muestran que el 70,4% (19) de los encuestados consideran que el incremento de las penas por motivo de aplicar reincidencia y habitualidad son por razones de clamor socio - político; mientras que el 29,6% (8) no consideran que el incremento de las penas por motivo de aplicar reincidencia y habitualidad son por razones de clamor socio - político.

Tabla 13 ¿Ud. considera que es necesario extender el tiempo de la pena a fin de lograr una resocialización óptima del penado: a mayor tiempo mejor resocialización?

Categoría de respuesta	f	%
Si	8	29,6
No	19	70,4
Total	27	100,0

Fuente: Cuestionario de encuesta aplicado.



Fuente 12 *Tabla 12.*

Los resultados muestran que el 29,6% (8) de los encuestados consideran es necesario extender el tiempo de la pena a fin de lograr una resocialización óptima del penado; mientras que el 70,4% (18) no lo considera de esa manera.

4.2. ESTIMACIÓN DE LA RELACIÓN DE VARIABLES.

Teniendo en cuenta a Hernández (2007) Y Zamora (2010) en sentido estricto, las dos variables en estudio se tipifican como ordinales. Para la determinación de la intensidad de la relación usamos la estadística de correlación por rangos *Rho de Spearman* (r_s) pues el tamaño de la muestra es mayor a 10 casos y existen muy pocos empates entre los rangos (es decir, varios individuos en el mismo rango) de la variable ordinal. Para la determinación del coeficiente, ordenamos de ma-

por a menor por separado los valores de ambas variables y se determina las diferencias por su número de orden (rango), procedemos a determinar la intensidad de la relación con el modelo:

$$r_s = 1 - \frac{6 \sum_{i=1}^n d_i^2}{n(n^2 - 1)} \quad \text{además} \quad -1 \leq r_s \leq 1$$

Siendo:

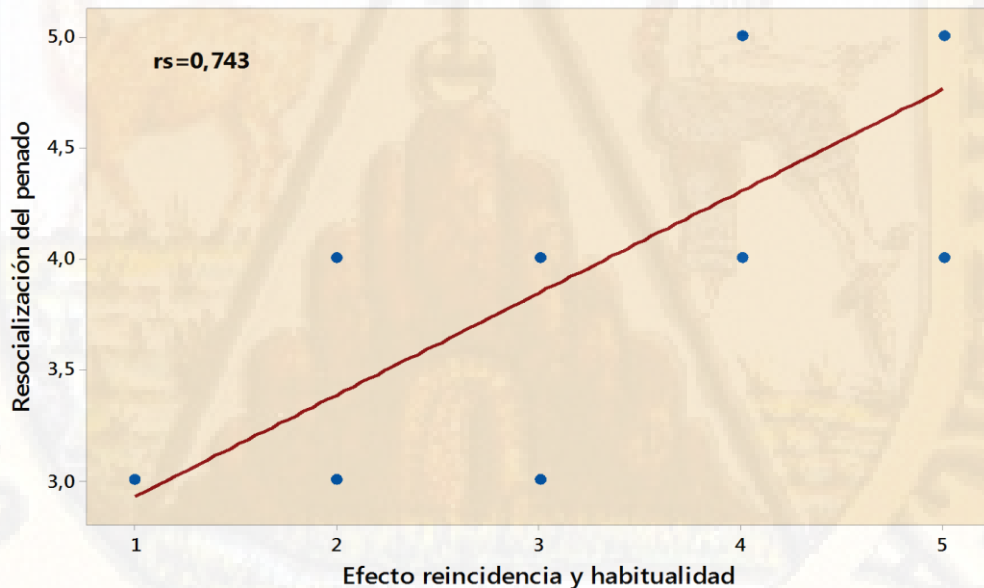
r_s : Coeficiente de correlación de rangos de Spearman.

d : Diferencia entre los rangos de las dos variables ordinales.

n : Tamaño de la muestra.

Procedemos a determinar el coeficiente de correlación de rho de Spearman.

$$r_s = 1 - \frac{6 \times 29^2}{27(27^2 - 1)} = 0,743 = 74,3\%$$



Fuente 13 Gráfico 1 Diagrama de dispersión de la correlación por rangos de Spearman.

Fuente: *Software estadístico.*

4.3. PROCESO DE PRUEBA DE HIPÓTESIS.

Para realizar la prueba de la significancia estadística de la hipótesis, se procederá a seguir el esquema propuesto por Pearson que consta de cinco pasos (Moya, 2012).

a) SISTEMA DE HIPÓTESIS

- Nula (H_0)

b) La aplicación de reincidencia y habitualidad en la pena tiene efectos de cumplimiento del fin resocializador.

$$\rho_s = 0$$

Siendo:

: Correlación poblacional por rangos.

- Alternativa (H_1)

La aplicación de reincidencia y habitualidad en la pena no tiene efectos de cumplimiento del fin resocializador.

$$\rho_s > 0$$

b) NIVEL DE SIGNIFICANCIA (α)

$$\alpha = 0,05 = 5\%$$

c) ESTADÍSTICA DE PRUEBA

$$t = \frac{r_s}{\sqrt{(1-r_s^2)/(n-2)}} \sim t(25)$$

d) CÁLCULO DE LA ESTADÍSTICA

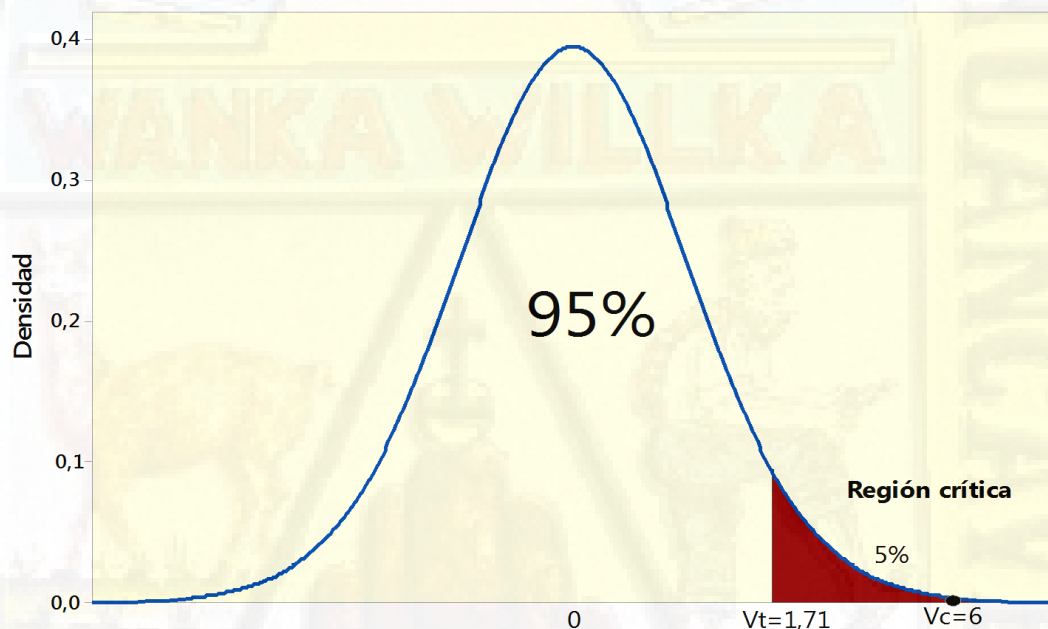
Reemplazando en la ecuación se tiene el valor calculado (V_c):

$$t = \frac{0,743}{\sqrt{(1-0,743^2)/(27-2)}} \approx 6$$

c) **TOMA DE DECISIÓN.**

El valor calculado lo tabulamos en la gráfica, de la cual podemos deducir que el valor calculado se ubica en la región crítica ($6 > 1,71$) por lo que diremos que se ha encontrado evidencia empírica para rechazar la Hipótesis Nula, por tanto, rechazamos la hipótesis nula y aceptamos la hipótesis alterna, es decir:

La aplicación de reincidencia y habitualidad en la pena no tienen efectos de cumplimiento del fin resocializador con un 95% de confianza.



Fuente 14 Gráfico 2 Diagrama de densidad de la distribución t de student.

Fuente: Software estadístico.

Además, se deduce que la probabilidad asociada al modelo es:

$$P(t > 6) = 0 < 5\% \text{ que confirma la decisión tomada}$$

4.4. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El resultado de la correlación entre las variables muestra que efectivamente la correlación hallada de 0,743 que de acuerdo con Hernández et. al. (2014) se tipifica como una *correlación positiva media* de acuerdo con la tabla siguiente:

Tabla 14. Baremo para la interpretación del coeficiente de correlación.

-1.00 = <i>correlación negativa perfecta.</i>
-0.90 = Correlación negativa muy fuerte.
-0.75 = Correlación negativa considerable.
-0.50 = Correlación negativa media.
-0.25 = Correlación negativa débil.
-0.10 = Correlación negativa muy débil.
0.00 = No existe correlación alguna entre las variables.
+0.10 = Correlación positiva muy débil.
+0.25 = Correlación positiva débil.
+0.50 = Correlación positiva media.
+0.75 = Correlación positiva considerable.
+0.90 = Correlación positiva muy fuerte.
+1.00 = <i>Correlación positiva perfecta</i>

Fuente: *Hernández et. al. (2014, p. 305).*

Asimismo, la prueba de significancia estadística pone en evidencia que la correlación hallada es significativa al nivel del 5%, por tanto, se confirma la hipótesis de investigación en el estudio en el sentido que la aplicación de reincidencia y habitualidad en la pena no tienen efectos de cumplimiento del fin resocializador en el delito de violación sexual de menor de edad en el Distrito Judicial de Huancavelica, la intensidad del efecto es del 74,3%.

De esta manera, se tienen la evidencia necesaria para dar cumplimiento al objetivo general del trabajo de investigación, por tanto, decimos que la aplicación de la reincidencia y habitualidad no tienen efectos positivos significativos de cumplimiento del fin resocializador de la pena.

Los resultados obtenidos al contrastarlos con los obtenidos por Agudo (2010) estamos de acuerdo que la agravación de la pena que como fundamento último atiende a una determinada tendencia de la personalidad del autor puesta en manifiesto a través de su hoja histórico penal sin conexión alguna con el concreto delito cometido.

De la misma manera al relacionar nuestros resultados con Rodríguez (2012) se resalta que la aplicación de los lineamientos internacionales y de la evolución normativa prevalece la doctrina de la protección integral surgiendo como consecuencia de lo anterior una Justicia Penal especializada para adolescente.

Con los resultados de Ulzurrún (2013) se revalora el hecho que el análisis del tratamiento de la reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad delictiva, en las reformas operadas por las Leyes Orgánicas, surgiendo problemas por ejemplo de legitimidad, multi-reincidencia y se pone en relieve algunas soluciones poco operativas para el tratamiento de la reiteración delictiva, resultando más adecuado el recurso a las medidas de seguridad.

Los resultados también ponen en evidencia que el 77,8% de casos consideran que el efecto resocializador en la reincidencia y habitualidad es una institución positiva para el sentenciado; de la misma manera el 40,7% se considera que existe vulneración de derechos integrales relacionados al fin resocializador de la pena; también se pone en evidencia que el 81,5% de casos consideran que existen factores socio - políticos que influyen para una adecuada sanción penal respecto a la reincidencia y habitualidad; también que el 70,4% considera que existen en los fundamentos de la pena bases de resocializar al penado.

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que la aplicación de reincidencia y habitualidad en la pena no tienen efectos de cumplimiento del fin resocializador del penado. La intensidad de la correlación hallada es de 0,743 que se tipifica como positiva media. La prueba de la significancia de la hipótesis muestra que dicha correlación hallada es significativa al nivel del 5%.
2. Se ha determinado que existe un importante 44.4% del resultado de la muestra que no existe una relación directa entre los fundamentos de elevar el quantum de la pena, para los efectos de que el reincidente y habitual logre el fin resocializador del ius puniendi. Aún cuando la brecha positiva es de un 55.6%, creemos que no se tiene certeza como fin positivo, o que exista incremento de la pena, para lograr una resocialización óptima. Se tiene que un 70.4 % del estudio entiende que la pena evacua la resocialización del penado, sin embargo no reconoce que el incremento punitivo por los factores de reincidencia coadyuven a éste fin positivo, dado que se tiene un importante 70.4% de la muestra de estudio que confirma no es necesario extender el tiempo de la pena para lograr tal resocialización.
3. Se tiene que la institución resocializadora de la pena, en sí, es un derecho del penado, caso contrario estaríamos frente a un hecho de retribución negativa social frente al delincuente. Por lo que, este derecho que integra el fin punitivo estatal, con la aplicación de reincidencia y habitualidad, lejos de lograr una resocialización lo empeora. Se afirma este estudio, cuando un 41% de la muestra reconoce que se merma el derecho a re-socializarse, aun cuando la muestra reconoce en un 81.5% que la resocialización es un derecho y un 92.6% considera que es un deber del Estado re-socializar al penado.
4. Se ha determinado que son los factores socio-políticos, por los que se posibilita la adecuación de reincidencia y habitualidad en la sanción penal, esto a decir de la muestra estudiada la percepción de un 82.5 % tiene esta afirmación, concordando

con que se ha demostrado que un 70,4% de la muestra entiende que el incremento de las penas a los reincidentes y habituales son por motivos de clamor socio-político. Entonces ésta vía de incremento punitivo no es lo idóneo para lograr la resocialización del penado, sino es una respuesta de políticas en materia punitiva logradas por la exigencia social y política.

RECOMENDACIONES.

1. A los jueces y fiscales de nuestra jurisdicción tener en consideración los resultados de nuestra averiguación, a fin de determinar la aplicación de reincidencia y habitualidad en la pena, deberían perseguir además de dar seguridad social, lograr los efectos de cumplimiento del fin re-socializador del penado.
2. A los Operadores del Derecho, exigir que las resoluciones punitivas deberían de motivar
3. los fundamentos de elevar el quantum de la pena, para los efectos de que el reincidente y habitual logre el fin re socializador del ius puniendi.
4. A los estudiantes de derecho y académicos, ahondar los estudios en referencia a la institución resocializadora de la pena, siendo un derecho del penado, ésta deberá buscarse aún en el reincidente y habitual, y siendo que el incremento del tiempo no viene logrando sus fines, deberán establecerse otras vías re-socializadoras, para nuestro caso incluso en el delincuente sexual, asunto que un comportamiento complejo. tanto más cuando es un deber del Estado re-socializar al penado.
5. A nuestros legisladores en materia penal, no sustentar leyes punitivas en factores socio-políticos.

REFERENCIA BIBLIOGRÀFICA.

Antonio Martínez de Zamora. (12 de 10 de 2016). "Reincidencia". Obtenido de Tomado el 12-10-2016 01:50: file:///C:/Users/user/Downloads/104371-417221-1-PB.pdf "Reincidencia"

MP Alfredo Beltran Sierra, , C-062 (Corte Constitucional de Colombia 02 de Mayo de 2005).

ORE SOSA, Eduardo. (13 de Agosto de 2013). Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. Apropósito de las modificaciones operadas por ley 300076. 20.

AEDO, Andrés. (2010). "Reincidencia: Crítica metodológica y propuesta de medición e interpretación para el sistema penal chileno",. *Revista de Derecho y Humanidades*, N°16 Vol. 1. 11 .

ASÚA BATARRITA, A. (1982). *La reincidencia*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Calderón Cerwzo - Cholan Montalvo. (1999). *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Bosch.

CEREZO MIR, J. (1990). *Consideraciones político criminales sobre el Borrador de Anteproyecto de Código Penal, parte G*. Madrid.

CHOCLAN. (1993). "La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad" . *Revista Jurídica Española La Ley*.

COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN. (1996). *Derecho Penal. Parte General*"(4ta. ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN. (1996). *Derecho Penal. Parte General*"(4ta. ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO. (1972). *Comentarios al Código Penal*."Madrid: Ed. Ariel.

DE LA CUESTA AGUADO. (2004). *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*."Madrid.

EL NUEVO TESTAMENTO.

ESPAÑA, CORTE GENERAL. (1995). *Boletín Oficial de las Cortes Generales de 6 de marzo de 1995, motivación a la enmienda 660. España*. Obtenido de http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-09.PDF

ESPINAR, Z. (1999). *Comentarios al Código Penal* (Vol. II). Madrid: Edersa.

GARCÍA ARÁN, M. (1987). *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español*. Barcelona: Ediciones de la Universitat de Barcelona.

GARZÓN REAL, Baltasar y MANJÓN-CABEZA OLMEDA. (1991). Araceli: "Reincidencia y Constitución". *Actualidad Penal* (1).

Gonzales - Cuellar García. (1983). *Comentarios a la legislación penal*. Madrid: Edersa.

GONZALES- CUELLAR. (1986). *Comentarios a la legislación penal* (Vol. 1). Madrid: EDERSA.

GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA. (1983). *Comentarios a la legislación penal* (Vol. v). Madrid: Edersa.

GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA. (1983). *Comentarios a la legislación penal* (Vol. II). Madrid: Edersa.

HAFKE, V. B. (1991). *Reincidencia y medición de la pena, en El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario* Bern SCÜNEMANN (comp). Madrid: TECNOS.

Hernandez. (2007). *Metodología de la Investigación Científica*. México D.F.: McGrawHill.

<http://etimologias.dechile.net/?reincidir>, T. d. (s.f.).

JAEN VALLEJO, M. (1993). "Reincidencia y derecho penal de culpabilidad" en ". *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal* .

LILLO, P. (2004: 678). *Los Procesos Especiales y el debido proceso*. Madrid: Bosk.

Manava Dharma Sastra . (2009). *Las leyes del Manu* . Ediciones Ibéricas.

Melendez, W. (2011). *Técnicas de Investigación Cuantitativa*. Lima: CREA.

Mellado, A. (2004:204). "Medidas cautelares en el derecho penal".

MENDOZA CALDERON, G. G. (2016). *El proceso inmediato en el proceso penal peruano*. Lima: Revista Jus In Fraganti 1.

MIR PUIG. (1982). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Ed. Bosch, 4ª edición.

MIR PUIG. (1974). *La reincidencia en el Código Penal*."Barcelona: Bosch.

MIR PUIG. (1980). "Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto de Código Penal". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (III).

Moran, G. (2010). *Métodos de investigación*. México D.F.: Pearson.

Moya, R. (2012). *Estadística descriptiva*. Lima: San Marcos.

MUÑOZCONDE-GARCÍA ARÁN. (1998). *Derecho Penal. Parte General*."Valencia: Tirant lo Blanch.

Nores, C. (1998:678). *Derecho Penal General-Procesos Especiales*."Bs. Aires.

P. Leg. España. (1992). "Consideraciones político-criminales sobre el Borrador de anteproyecto de Código penal -Español-Parte General de octubre de 1990". *Presupuestos para la Reforma Penal Español*".

Penal, Reincidencia, (3 de octubre de 2016). <http://www.derechoecuador.com>.
Obtenido de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2012/02/28/reincidencia-penal>.

Pleno Jurisdiccional, Fund. 52, 0014-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional 2006).

PRATS CANUT, J. M. (1996). *Comentarios al Nuevo Código Penal*". Ed. Aranzadi.

PRATS CANUT, José Miguel. (1996). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Valencia: Aranzadi.

Privado, R. d. (1993). "El tratamiento de los delincuentes habituales en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal -Español-, parte general" en "Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal". *Revista de Derecho Privado*.

QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE. (1983). *La reforma penal de 1983*."Madrid: Destino.

QUINTERO OLIVARES, G. (1986). *Derecho Penal. Parte General*". Barcelona: Gráficas Signo.

RAMOS SUYO, J. A. (2004). "Elabore su Tesis en Derecho Pre y Postgrado". Lima: Editorial San Marcos.

- REBOLLEDO, Fernando; MORAGA, Carlos; CAREAU, Silvia y ANDRADE, Carola. (2008). LA FLAGRANCIA: ¿HIPÓTESIS INDISCUTIBLE? (E. d. Temuco, Ed.) *Revista de Derecho* (Año 9 No. 9).
- SALAS ARENAS, J. L. (2016). *El Nuevo proceso penal inmediato*. Lima: Gaceta jurídica.
- SERRANO GOMEZ. (1976). "La reincidencia en el Código penal". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*.
- SERRANO MAÍLLO. (1995). *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*". Madrid: Dikynson.
- SERRANO MAÍLLO. (1995). *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*."Madrid: Ed. Dikynson.
- SILVESTRONI, M. H. (2004). *Teoría Constitucional del delito*. Buenos Aires: Ed. El Puerto.
- V. CEREZO MIR, J. (2000). *Derecho Penal. Parte General. (Lecciones 26-40)*." Madrid: UNED.
- V. GRACIA MARTÍN. (1993). "Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española". *Actualidad Penal* 1993.
- V. MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (1992-1). "Comentarios al Anteproyecto de cp de 1992 (II)" en *Actualidad Penal*, 1992-1, XXIII, p. 222. *Actualidad Penal*, 1992-1, XXIII .
- V. ROMEO CASABONA. (1992). "El anteproyecto de Código Penal de 1992" . *Presupuestos para la reforma penal I*" Centro de Estudios Criminológicos. Universidad de La Laguna.
- VELASQUEZ, Fernando. (2007). "*Derecho Penal Parte General*" (4ta.Ed. ed.). Argentina: Com Libros.
- Zamora. (2010). *Estadística descriptiva*. Lima: San Marcos.
- ZAMORA, V. M. (1971). *La reincidencia*". Madrid: Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- ZAMORA, V. MARTÍNEZ DE. (1971). *La reincidencia*."Madrid: Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- ZUGALDÍA ESPINAR. (1999). "Comentarios al Código Penal" Tomo II. (M. C. ROSAL, Ed.)

Bibliográfica en Metodología

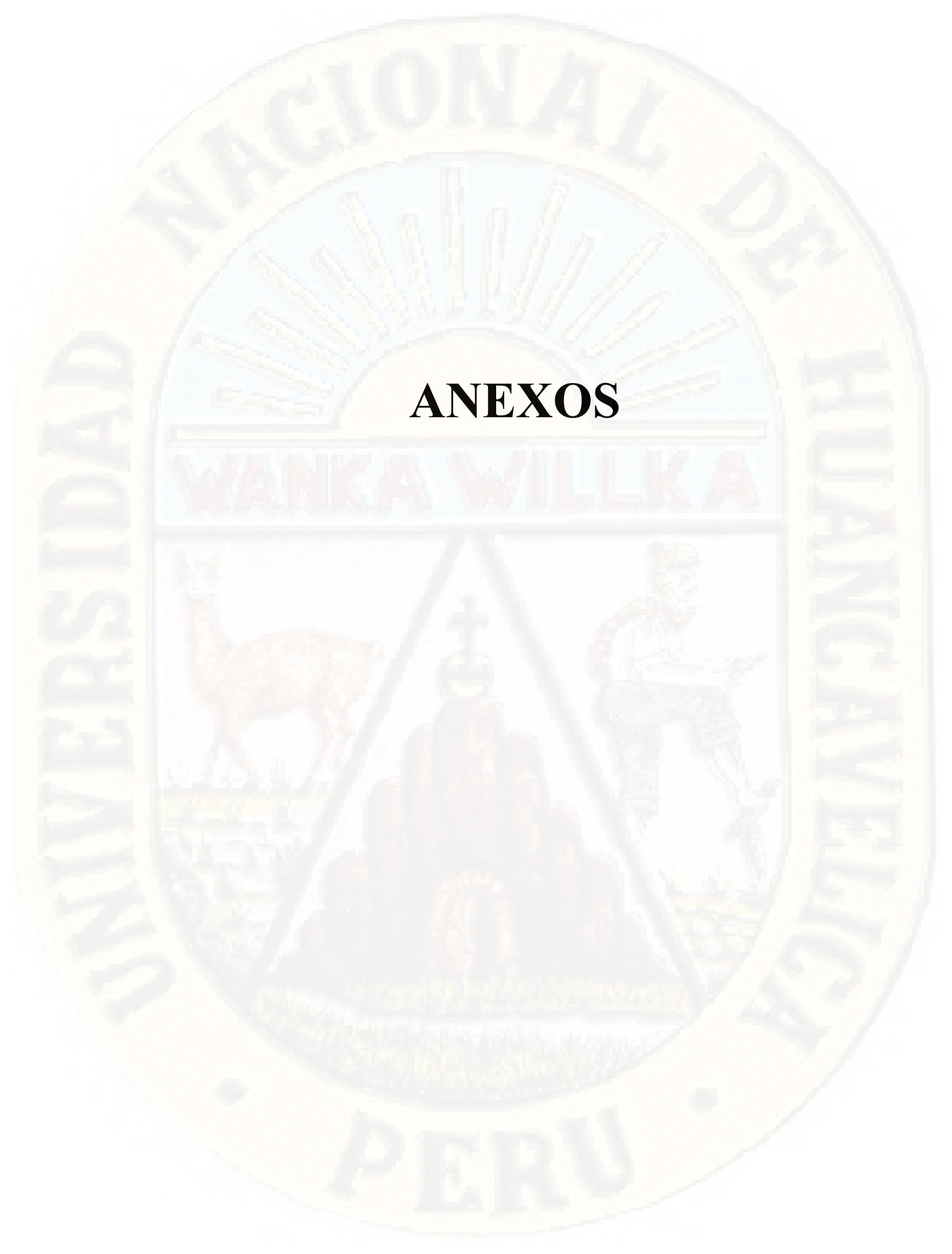
Hernández. (2007). Metodología de la Investigación Científica. México D.F.: McGrawHill.

Meléndez, W. (2011). Técnicas de Investigación Cuantitativa. Lima: CREA.

Morán, G. (2010). Métodos de investigación. México D.F.: Pearson.

Moya, R. (2012). Estadística descriptiva. Lima: San Marcos.

Zamora. (2010). Estadística descriptiva. Lima: San Marcos.



ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: “REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA, EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD, A PROPOSITO DEL EXPEDIENTE 689-2012 DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUANCAMELICA”

Autor: Abog. Carolina Colquepisco Medina.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	DISEÑO METODOLOGICO	POBLACION Y MUESTRA
General: ¿Cuál es el efecto resocializador de aplicar reincidencia y habitualidad, en el quantum de la pena? Específicos: • ¿Cuáles son los fundamentos de aplicar en el quantum de la pena los efectos de reincidencia y habitualidad? • ¿Qué derechos integrales relacionados al fin resocializador de la pena, se merman con la aplicación de reincidencia y habitualidad? • Si se establece que el fin resocializador de la pena, busca en el penado revalorar su conducta, u presentarlo a la sociedad como un hombre reformado. Al existir reincidencia y habitualidad el primer supuesto no ha cumplido su fin, error del sistema; entonces ¿Son los factores socio-políticos, por los que se posibilita la adecuación de reincidencia y habitualidad en la sanción penal?	General: Determinar si la aplicación de reincidencia y habitualidad, tienen efectos de cumplimiento del fin resocializador de la pena. Específicos: • Describir los fundamentos de aplicar en el quantum de la pena los efectos de reincidencia y habitualidad. • Evaluar qué derechos integrales relacionados al fin resocializador de la pena, se merman con la aplicación de reincidencia y habitualidad. • Desarrollar dogmática jurídica al establecer, que el fin resocializador de la pena, busca en el penado revalorar su conducta, a fin de presentarlo a la sociedad como un hombre reformado. Al existir reincidencia y habitualidad el primer supuesto no ha cumplido su fin, error del sistema; entonces, son los factores socio-políticos, por los que se posibilita la adecuación de reincidencia y habitualidad en la sanción penal.	General: La aplicación de reincidencia y habitualidad en la pena no tienen efectos de cumplimiento del fin resocializador. Específicos: • Los principales fundamentos de aplicar en el quantum de la pena los efectos de reincidencia y habitualidad no tiene sustento del fin resocializador del ius puniendi. • En el ámbito jurisdiccional peruano podemos argumentar que derechos integrales relacionados al fin resocializador de la pena, se merman con la aplicación de reincidencia y habitualidad. • Podemos argumentar que nuestro sistema penal, viene fracasando en su fin resocializador, dado que se funda principalmente en factores socio-políticos, los que posibilita la adecuación de reincidencia y habitualidad en la sanción penal.	VARIABLE Variable Independiente Efecto Reincidencia Y Habitualidad Variable Dependiente: Resocialización Del Penado Variable Dependiente: Violación Sexual	Tipo de Investigación La presente investigación es de tipo básica. Nivel de Investigación Exploratorio y Descriptivo Diseño y esquema de la Investigación No experimental de tipo descriptivo, como se muestra en el siguiente esquema: Donde: M: Muestra 01: Variable independiente 02: Variable dependiente r: relación entre ambas variables	Población Se consideraron a magistrados en la especialidad de Derecho Penal tanto del Poder Judicial como a Fiscales del Ministerio Público. Muestra Distrito Judicial de Huancavelica.

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIONES	SUB DIMENSIONES	INDICADORES	SUB INDICADORES	INSTRUMENTO	CALIFICACIÓN		ESCALA
VARIABLE DEPENDIENTE	Resocialización del penado.	Prognosis de la pena	• La prognosis y su efecto en la resocialización	¿Existe relación directa entre prognosis de la pena y su efecto resocializador?	encuesta	SI	NO	Nominal
		Fundamentos de la pena	• Los fundamentos de la pena y su efecto en la resocialización.	¿Existe en los fundamentos de la pena, bases de resocializar al penado?		SI	NO	Nominal
		Derecho a la resocialización	• El derecho a la resocialización del penado	¿Es un derecho la resocialización del penado?		SI	NO	Nominal
		Deber de resocializar	• El deber de resocializar del Estado	¿Es un deber del Estado resocializar al penado?		SI	NO	Nominal
		Privación de la libertad y resocialización	• La relación de pena privativa de libertad y resocialización en el tiempo	¿Existe relación de causa y efecto, entre privación de libertad y resocialización?		SI	NO	Nominal
VARIABLE INDEPENDIENTE	REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD:	Reincidencia y habitualidad como factores de resocialización	• Aplicación de R y H y su efecto en la resocialización del penado.	¿Es efectivo incrementar el tiempo de la pena por R y H a fin de lograr la resocialización del penado?	encuesta	SI	NO	Nominal
		Reincidencia y habitualidad como incremento del tiempo de pena privativa de libertad por exigencia socio-político.	• El incremento de la pena a razón de aplicar la R y H. y razones socio-políticos.	¿El incremento de la penas por motivo de aplicar R y H, es por razones de clamor socio - político?		SI	NO	Nominal
		Pena privativa de libertad extensa y la viabilidad de la resocialización del penado.	• La necesidad de extender el tiempo de la pena para lograr una resocialización optima del penado.	¿Es necesario extender el tiempo de la pena a fin de lograr un resocialización optima del penado, a mayor tiempo mejor resocialización?		SI	NO	Nominal



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAMELICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
(Ciudad Universitaria de Paturpampa)



***REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA, EN EL DELITO
DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD, A PROPOSITO DEL EXPEDIENTE 689-
2012 DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUANCAMELICA.***

**ENCUESTA DIRIGIDA A LOS MAGISTRADOS EN LA ESPECIALIDAD DE DERECHO
PENAL DEL PODER JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

Antes de empezar, sírvase leer lo siguiente:

- El presente cuestionario forma parte de una investigación en la localidad de Huancavelica, sobre la reincidencia, habitualidad y fin resocializador de la pena, en el delito de violación sexual de menor de edad.
- La información que suministre contribuirá a ayudar y comprender mejor el tema planteado.
- NO escriba su nombre en el cuestionario. Sus respuestas serán confidenciales.
- Responda a las preguntas con veracidad y con toda su experiencia en el ámbito jurisdiccional.
- Sírvase responder con la mayor franqueza posible.
- Esta encuesta no afectará a su lado personal ni profesional.
- Si no se siente cómodo respondiendo a una pregunta, simplemente deje el espacio en blanco.
- Esta no es una prueba. No hay respuestas correctas ni incorrectas.
- Sírvase leer cada una de las preguntas y marque la mejor respuesta a cada pregunta poniendo un aspa (X) dentro del paréntesis correspondiente, según la pregunta.
- Esperamos que el cuestionario le parezca interesante. Si tiene alguna duda, por favor realice la pregunta que el encuestador le ayudara.

Gracias.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAMELICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
(Ciudad Universitaria de Paturpampa)



**ENCUESTA DIRIGIDA A LOS MAGISTRADOS EN LA
ESPECIALIDAD DE DERECHO PENAL, DEL PODER JUDICIAL Y
DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

ANTES DE EMPEZAR, SIRVASE LEER LAS INSTRUCCIONES DE LA PORTADA.

Responda a cada pregunta poniendo un aspa (X) dentro del paréntesis correspondiente, según la pregunta.

1. ¿En qué dependencia labora Ud.?
☐ Juzgado de Inv. Preparatoria ☐ Fiscalía Penal ☐ Sala Penal
2. ¿Ud. considera que, el efecto resocializador en la reincidencia y habitualidad, es una institución jurídica positiva para el sentenciado?
☐ Si ☐ No
3. ¿Ud. considera que, existe vulneración de derechos integrales relacionados al fin resocializador de la pena, con la aplicación de la reincidencia y habitualidad?
☐ Si ☐ No
4. ¿Ud. considera que, los factores socio-políticos influyen para una adecuada sanción penal respecto a la reincidencia y habitualidad?
☐ Si ☐ No
5. ¿Ud. considera que, existe relación directa entre prognosis de la pena y su efecto resocializador?
☐ Si ☐ No
6. ¿Ud. considera que, existe en los fundamentos de la pena bases de resocializar al penado?

() Si () No

7. ¿Ud. considera que, es un derecho la resocialización del penado?

() Si () No

8. ¿Ud. considera que, es un deber del Estado resocializar al penado?

() Si () No

9. ¿Ud. considera que, existe relación de causa - fin entre privación de libertad y resocialización?

() Si () No

10. ¿Ud. considera que, es efectivo incrementar el tiempo de la pena por reincidencia y habitualidad a fin de lograr la resocialización del penado?

() Si () No

11. ¿Ud. considera que, el incremento de las penas por motivo de aplicar reincidencia y habitualidad son por razones de clamor socio - político?

() Si () No

12. ¿Ud. considera que, es necesario extender el tiempo de la pena a fin de lograr una resocialización óptima del penado: a mayor tiempo mejor resocialización?

() Si () No

13. ¿Cuál es el efecto resocializador de aplicar reincidencia y habitualidad, en el quantum de la pena?

.....

¡GRACIAS!