

EL ENDURECIMIENTO DEL DERECHO PENAL A TRAVÉS DE LAS LEYES 28726 Y 28730

Dr. Eduardo A. Oré Sosa

Abogado.

Doctor en derecho, Universidad de Salamanca

Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica). Tomo 151, Junio, 2006, p. 13-21

I. Introducción

Según la mitología griega, Sísifo fue condenado a empujar una roca hasta la cima de una montaña, desde donde la roca caería una y otra vez invariablemente para que aquél volviera a empezar desde el principio. Como dice Camus, los Dioses habían pensado con algún fundamento que no hay castigo más terrible que el trabajo inútil y sin esperanza.

Algo así parece suceder con nuestro Código Penal. El proceso de reforma que condujo a la aprobación y promulgación del Código Penal de 1991 fue fruto del esfuerzo desplegado, en varias décadas, por distintas comisiones entre cuyos miembros se encontraban los más importantes penalistas del país: Luis Bramont Arias, Raúl Peña Cabrera, Luis Roy Freyre, Víctor Prado Saldarriaga, César San Martín, Felipe Villavicencio, entre otros. Sin embargo, es tal la cantidad de modificaciones que se han efectuado a este cuerpo normativo, en la mayoría de los casos en franca oposición al espíritu garantista que inspiró el proceso de reforma, que seguramente la mayoría de ellos tendrían serias dudas en admitir la paternidad del código vigente. Y ya tenemos, desde luego, una nueva Comisión encargada de elaborar un proyecto de Código penal.

El presente artículo tiene como fin abordar brevemente las modificaciones efectuadas al Código Penal en virtud de las Leyes 28726 y 28730, promulgadas ambas en mayo de 2006. Las reformas, cómo no, tienen enorme calado. Se reintroducen la reincidencia y habitualidad como agravantes genéricas; se endurece el tratamiento del concurso de delitos; se modifica uno de los requisitos del mandato de detención; se afecta gravemente la esencia misma de la rehabilitación automática, y se reduce la cuantía para la consumación de una falta contra el patrimonio. Estas reformas muestran al Código Penal como una cosa que se puede modificar cuantas veces se quiera por razones simbólicas, demagógicas o coyunturales. Se inscriben en una **(p. 14)** corriente maximalista que prepondera razones de “eficacia” y seguridad ciudadana, a los derechos fundamentales de la persona humana.

El recrudescimiento del sistema punitivo ha sobrepasado, en mi opinión, el equilibrio que entre seguridad general y garantías personales debe prevalecer en todo Estado de Derecho. Y las críticas que quepa hacer a toda esta situación trascienden con mucho las meras disquisiciones teóricas o la declaración de principios. En efecto, no parece preocupar a los legisladores la lamentable situación por la que atraviesan nuestros centros penitenciarios. Según las cifras del Instituto Nacional Penitenciario, a febrero de 2006, de una población penal de 34,205 reclusos el 68% estaba compuesto por procesados, y tan sólo el 32% había recibido una condena.¹ Y si hoy en día tenemos casi 14,000 internos más de los que teníamos en 1995, en el 2006 contamos, contra lo

¹ INPE. *Estadística Población Penal. Febrero – 2006*. En: www.inpe.gob.pe [revisado en mayo 2006].

que se pudiera pensar, con seis establecimientos penitenciarios menos de los que existía en 1995.²

Más internos, menos establecimientos penales. Y no es difícil vaticinar cuál será el futuro de las prisiones con las últimas reformas, las mismas que endurecen la persecución penal aun contra los delitos de poca monta. Tendremos más hacinamiento, más promiscuidad, más corrupción. Tampoco hace falta mencionar cuál es la extracción social o la capacidad económica de la gran mayoría de personas recluidas en un establecimiento penitenciario. Quizá por eso nadie toca a rebato. La vena autoritaria e irreflexiva de las últimas reformas penales sólo busca congraciarse con las exigencias ciudadanas de “seguridad” y *vindicta* pública. Estamos ante un Derecho penal “*a la carta*” que se sabe de principio ineficaz, pues no afronta el problema de la criminalidad como el producto natural de una sociedad que excluye, margina y discrimina. Cuando Victor Hugo nos narra la historia de Jean Valjean, ese hombre que entró en presidio por haber roto un vidrio y por haber robado un pan, nos señala que “*Es preciso que la sociedad se fije en estas cosas, puesto que es ella quien las produce.*” Y en boca de otro de sus personajes, sentencia que “*si un alma sumida en sombras comete un pecado, el culpable no es el que peca, sino el que no disipa las tinieblas.*”

Endurecer la persecución penal contra los habituales, los reincidentes y contra los delincuentes de poca monta calza bien con un Derecho penal altamente selectivo y francamente reaccionario. No en vano, el término “peligrosidad social” tuvo una connotación importante en la época del nacionalsocialismo, siendo que en 1934, como bien refiere Muñoz Conde, se introdujo en el Código Penal alemán una medida de reclusión indeterminada en centros de trabajo para delincuentes habituales, la misma que permitió el ingreso de más de 17,000 personas en campos de concentración, de los que nunca más volvieron a salir con vida.³ Según Roxin, la mayoría de cambios del Derecho penal que tuvieron lugar en la época nacionalsocialista sirvieron sobre todo a la destrucción planificada del Estado de Derecho y a su transformación en una dictadura totalitaria que se pretendía asegurar jurídicamente.⁴

Desde luego, este encarnizamiento del Derecho penal no es patrimonio exclusivo de regímenes autoritarios, pues no es raro que la flexibilización de las garantías y derechos fundamentales ocurra aun en las democracias más avanzadas. El problema está en cómo se ejercerá el *ius puniendi* en sociedades con altos índices de corrupción y marcadas por la fragilidad institucional, el autoritarismo y la discriminación. ¿Tan difícil es ver esto? Lo razonable sería que en sociedades como esta, los ciudadanos queden protegidos contra los excesos y abusos del poder estatal. Pero eso parece mucho pedir.

Antes de entrar al análisis de las leyes antedichas, parece oportuno exponer cuál es la finalidad de la pena, o, por lo menos, cuál debe ser en un Estado de Derecho. Lo que nos remite al estudio de las Teorías de la Pena. No viene al caso un desarrollo extenso del tema, por lo que nos limitaremos a un breve acercamiento que sirva a los efectos del presente trabajo.

² INEI. *Perú. Compendio estadístico 2004*. Lima, INEI, 2004, p. 329 y 331; cfr. INPE. *Estadística Población...* ob. cit.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. Valencia, Tirant lo blanch, 2002, p. 176-177.

⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I*. [Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal (trads.)]. Madrid, Civitas, 1997, p. 119-120.

II. FINES DE LA PENA

Sin lugar a dudas, la pena constituye uno de los rasgos definidores del Derecho penal. De este modo, el análisis de la norma penal no se reduce al estudio de la conducta penalmente relevante y del bien jurídico protegido, sino que debe comprender el análisis de sus consecuencias jurídicas, en especial, la pena. Pero más allá de preguntarnos por las sanciones previstas en cada disposición penal en concreto, sería bueno preguntarnos con qué objeto se establecen dichas sanciones.

Pues bien, cuando hablamos de los fines de la pena no hacemos otra cosa que intentar hallar las razones de la conminación, imposición y ejecución de la pena en un nivel deontológico, es decir, del *deber ser*.⁵ Desde luego, existen diversas posiciones al respecto. Sin embargo, a grandes rasgos, éstas se pueden reconducir a las teorías que exponemos a continuación.

1. Teorías absolutas o retributivas

Como se sabe, estas teorías se fundamentaban ya sea en las exigencias de Justicia (Kant) o en la necesidad de restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico (Hegel). Kant rechazaba cualquier intento de justificar la pena en razones de utilidad social ya que si el hombre es un “fin en sí mismo” no era lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad. De ahí que la pena debiera ser impuesta aun cuando no fuese útil o necesaria para la sociedad.⁶ La pena se imponía entonces sólo por el hecho de haber delinquirido y más allá de cualquier otra consideración.

Hegel, a su vez, desarrolla una fundamentación dialéctica bien conocida: si el delito cometido es la negación del Derecho, la pena vendría a representar la negación del delito y, por tanto —como negación de la negación—, la afirmación del Derecho. Como señala Mir Puig, esta construcción se concibe sólo como reacción que mira al pasado y no como instrumento de fines utilitarios posteriores.⁷

Estas teorías no pueden ser acogidas en la actualidad ya que la consideración de un orden social “racional” que puede ser restaurado con la pena, o la idea de Justicia fundada en razones morales o religiosas, no se concilian con una realidad histórica que ha superado las bases del liberalismo decimonónico y con una concepción de Estado que marca las distancias entre la moral y el Derecho.⁸ La pena, cuando se la entiende como forma de expiación de las culpas, no puede encontrar terreno en el plano jurídico. Como señala Roxin: “la idea misma de la retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues considerándolo racionalmente no se puede

⁵ Vid. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 1999, pag. 56 y 57, en el plano fenomenológico o del ser se inscriben, para este autor, las “funciones” que de manera efectiva suelen preceder a la pena: funciones ético-social, simbólica, etc.

⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor, 2004, 7ª ed., p. 88.

⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* ob. cit., p. 88.

⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Navarra, Aranzadi-Thomson, 2002, 3ª ed., p. 121-122; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* ob. cit., p. 90.

comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena”.⁹

Con Jescheck¹⁰, se puede decir que a pesar de que la imposición de la pena “mira hacia el pasado” —en el sentido de (p. 15) que tiene como presupuesto “una infracción jurídica ya producida”—, el Derecho penal “sirve a la finalidad de prevenir infracciones jurídicas en el futuro”, con lo cual, sus fundamentos no pueden encontrarse en las ideas retributivas de mal por mal.

2. Teorías relativas

A diferencia de las teorías absolutas, las teorías relativas¹¹ atribuyen a la pena fines preventivos. En efecto, la pena no puede fundarse en la sola comisión de un hecho delictivo, cual Derecho expiatorio que pretenda la realización de la Justicia en la tierra, sino en el fin utilitario de proteger a la sociedad mediante la prevención o evitación de nuevos delitos. Las teorías relativas o preventivas miran, pues, hacia el futuro. Dentro de las teorías relativas se admiten dos posturas: la prevención general y la prevención especial.

La prevención general¹² se dirige hacia la comunidad y busca prevenir la realización de hechos delictivos por la generalidad de los individuos. Esto se realizaría por dos caminos. El primero, a través de la pena vista como instrumento de intimidación, como mecanismo de coacción psicológica que pesa sobre los ciudadanos para que se abstengan de cometer un delito (Feuerbach). Estamos en este caso ante la denominada prevención general negativa. El segundo, que busca prevenir la delincuencia haciendo nacer en los ciudadanos una actitud de sujeción al Derecho. Esta postura adopta el nombre de prevención general positiva o integradora.

Tanto la prevención general negativa como la positiva han sido objeto de críticas. En un caso, como señala Quintero, se deja una puerta abierta a la pura intimidación utilitarista, donde se rebajaría al hombre a la pura condición de instrumento al servicio de una política penal que degrada el respeto a su dignidad.¹³ Asimismo, Mir Puig pone de manifiesto los problemas de una consideración preventiva general ilimitada: requeriría sanciones más severas para comportamientos que por su escasa gravedad son de realización más frecuente, mientras que para los delitos más graves, aquellos que por las fuertes barreras de la moral social son más episódicas, les bastaría con penas de menor cuantía, ya que los mecanismos de sanción social se muestran más eficaces y haría menos necesario el recurso a la pena estatal.¹⁴ Con todo,

⁹ ROXIN, Claus. Sentido y límites de la pena estatal. En: *Problemas básicos del derecho penal*. [Luzón Peña (trad.)]. Madrid, Reus, 1976, pag. 14.

¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. [José Luis Manzanares (trad.)]. Granada, Comares, 1993, 4ª ed., pag. 3.

¹¹ Sobre este punto, vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho...* ob. cit., pag. 122 y ss.; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* ob. cit., pag. 90 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Prevención general, sociedad y psicoanálisis. En: *Estudios Penales*. Barcelona, PPU, 1991, pag. 261-267; ROXIN, Claus. Sentido y límites... ob. cit., pag. 15 y ss.

¹² Sobre la prevención general y sus críticas, vid. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general...* ob. cit., pag. 97-131.

¹³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho...* ob. cit., pag. 123.

¹⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* ob. cit., pag. 93.

debemos reconocer que a la pena, por ser un *mal*, no la podremos despojar de ese carácter intimidatorio. La pena intimida, y lo hará siempre, a unos más, a otros menos.¹⁵

No obstante, una cosa es decir que la pena intimide y otra, bien distinta, que necesariamente disuada. García-Pablos rechaza una imagen intelectualizada del infractor, un equivocado estereotipo del delincuente previsor, en quien la opción criminal es entendida como el producto de un balance de costes y beneficios. En su lugar, señala que el efecto disuasivo no sólo depende de la gravedad y duración de la pena, sino también de la naturaleza del delito, del tipo de infractor, de la prontitud de la respuesta, del modo en que la sociedad y el delincuente perciben el castigo, etc.¹⁶

En cualquier caso, con la pena no se busca la intimidación *per se*, antes bien, estamos ante un mecanismo más o menos inhibitorio de comportamientos social y jurídicamente indeseados. Esto es, con la pena se busca evitar aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos fundamentales. Así, la pena no puede ir desconectada de su fin.

Para Luzón Peña, la prevención general intimidatoria —que en lo posible debe ser conciliada con exigencias de prevención especial— no tiene por qué desembocar necesariamente en la aplicación de penas ilimitadas en atención a los fines preventivos, ya que la finalidad preventiva general debe vincularse con las exigencias de eficacia e idoneidad, las mismas que se conectan con exigencias de proporcionalidad y necesidad de la pena.¹⁷

En cuanto a la prevención general integradora, parecería contrario a un Estado democrático entender la pena como mecanismo destinado a conseguir del ciudadano una afiliación ideológica, una “actitud interna”¹⁸ de fidelidad al Derecho. Al Derecho penal no se le puede encomendar la tarea de inmiscuirse en el fuero interno de los

¹⁵ Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en la intimidación, más allá de la intensidad de la pena, la certeza de su aplicación juega un papel de primera importancia, vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona, Bosch, 1992, p. 219. Lo que ya era afirmado también por Beccaria desde la segunda mitad del Siglo XVIII, vid. BECCARIA, Cesare. *De los Delitos...* ob. cit., pag. 132, “La certeza de un castigo, aunque este sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque mínimos, cuando son ciertos, atemorizan siempre los ánimos humanos, mientras que la esperanza, don celestial que a menudo lo sustituye todo en nosotros, aleja siempre la idea de los mayores males, y más aún cuando la impunidad, que la avaricia y la debilidad conceden frecuentemente, aumenta su fuerza”.

¹⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. La prevención del delito en el Estado social y democrático de derecho. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XV (1992), p. 90-91. Agrega que, más allá de una “fría y reflexiva decisión racional en la que el culpable pondera la gravedad de la pena señalada al delito y las ventajas que éste le puede deparar” lo cierto es que el infractor “indeciso” analiza las consecuencias más próximas: el riesgo de ser detenido. Y porque cuenta con librarse del castigo, decide cometer el delito. En cambio, Silva Sánchez considera que un análisis económico de la criminalidad parte de la teoría del comportamiento racional por la cual se entiende que los hombres, delincuentes o no, tienden a maximizar sus beneficios. Sostiene que no puede rechazarse categóricamente la racionalidad del delincuente, pues si el delincuente no fuese en alguna medida racional la prevención por normas carecería de sentido. En todo caso, Silva Sánchez apunta que desde un planteamiento racional no se desconoce la existencia de otros factores en la comisión de delitos. Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho penal*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XLIX (1996), pag. 99, 103 y 105.

¹⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Prevención general...* ob. cit. pag. 266-267. No desconoce Luzón el otro aspecto de la prevención general, el prevalecimiento del Derecho, pero lo desplaza a un segundo nivel, derivado justamente de la intimidación general.

¹⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* ob. cit., pag. 92; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...* ob. cit., pag 233

ciudadanos con el fin de amoldar o trastocar sus más firmes convicciones, por más inconvenientes que éstas sean. El Derecho penal, ciertamente, busca motivar a los individuos, pero no a la manera de propaganda ideológica en busca de adeptos o simpatizantes al orden establecido, sino con el único fin de evitar la realización de determinados comportamientos considerados socialmente dañosos.

Piénsese por ejemplo en los delitos de aborto o eutanasia; en los delitos de rebelión, sedición y conspiración, o en los de ultraje a los símbolos de la patria. La motivación de la norma sólo puede estar encaminada a evitar estos comportamientos por no deseados, pero no puede, ciertamente, incidir en las convicciones morales, políticas o culturales de cada ciudadano.

En cuanto a la prevención especial,¹⁹ también se puede decir que atribuye a la pena el fin de prevenir los delitos, sólo que —a diferencia de la prevención general que se dirige a toda la comunidad— se dirige a quien ya ha delinquido con el fin de evitar que vuelva a delinquir. Así, según Von Liszt, se buscaba intimidar al aún *intimidable*, resocializar al *corregible* y hacer inofensivo al *incorregible*. El método empleado variaba entonces en función de si estábamos ante un delincuente ocasional o ante un delincuente habitual.

Como es fácil de apreciar, las consideraciones preventivo especiales, llevadas hasta el extremo, podían suponer el abandono de un Derecho penal de hecho para enarbolar un Derecho penal de autor, es decir, uno que atienda exclusivamente a la *peligrosidad* del autor. Lo que es advertido por Luzón,²⁰ al evocar el Derecho penal del nacional socialismo: “lo fundamental es la peligrosidad por su modo de conducta o de vida en general, lo que (p. 16) se llamó culpabilidad por la conducción de vida, o por el modo de comportarse el sujeto a lo largo de su vida, y no tanto por lo que hace”.

De otro lado, Roxin señala que la idea de corrección como un fin de la pena no contiene en sí misma la justificación de dicho fin, preguntándose por ello cuáles son las razones que justifican la sanción y corrección de quienes no se adaptan a la forma de vivir de la mayoría, de los que viven al margen de la sociedad, de los que resultan molestos o incómodos; en fin, donde se puede perseguir y sancionar lo distinto o discrepante.²¹ Es de la misma opinión Mir, quien sostiene que la prevención especial no puede por sí sola justificar el recurso a la pena: en algunos casos porque puede no ser *necesaria*, en otros porque no es *posible* y, finalmente, porque puede no ser *lícita*.²²

Sin embargo, no se puede prescindir de los criterios preventivo-especiales, pues la propia Constitución reconoce, en el artículo 139 inc. 22, que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. De esto, seguimos a Carbonell Mateu —para quien la reinserción social del

¹⁹ Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho...* ob. cit., pag. 124-127; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* ob. cit., pag. 94-97; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones. En: *Estudios Penales*. Barcelona, PPU, 1991, pag. 295-325; ROXIN, Claus. Sentido y límites... ob. cit., pag. 15-17.

²⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de igualdad... ob. cit., pag. 305. Lo mismo Quintero Olivares, quien señala que la en prevención especial del positivismo “puro” la pena se basa en lo que el sujeto “puede llegar a hacer”, pero no en lo que concretamente ha hecho. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho penal...* ob. cit., pag. 127.

²¹ ROXIN, Claus. Sentido y límites... ob. cit., pag. 16-17.

²² MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* ob. cit., pag. 96-97.

individuo no constituye un fin de la pena, sino una tendencia a la que debe dirigirse la ejecución de ésta— cuando considera que con la readaptación se trata de conseguir que el ciudadano se mantenga en el respeto al deber ser ideal, no a que lo asuma como propio.²³ Como sostiene Luzón, no se trata de que al individuo que ha delinquido y se ha impuesto una sanción sea en el futuro un modelo de ciudadano socialmente adaptado, sino que, mínimamente adaptado, ya sea discrepante o desviado, *simplemente no delinca, que no infrinja las normas mínimas de convivencia que suponen las normas penales de cualquier país: que no mate, que no robe, etc.*²⁴

3 Teorías mixtas o eclécticas

Las teorías mixtas buscan conciliar los distintos aspectos de las teorías anteriores. Algunas posturas hacen prevalecer los fines preventivo especiales, mientras que otras conceden preferencia a criterios de prevención general, sea en clave positiva o negativa. Es de mencionar la posición asumida por Roxin,²⁵ que hace una distinción entre los distintos estadios por los que discurre el Derecho penal. Señala que las conminaciones penales sólo se justifican en tanto supongan una protección subsidiaria de los bienes jurídicos, y en este ámbito el fin de las disposiciones penales es de prevención general. La imposición y medición de la pena también conserva finalidades preventivo generales, pero debe ser limitada por la culpabilidad. Y en la etapa de la ejecución de la condena la pena sólo puede justificarse si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad.

En las teorías mixtas es común rescatar de la teoría retributiva el criterio de proporcionalidad, según la cual la pena debe ser adecuada a la gravedad del delito cometido. No obstante, debe quedar claro que la proporcionalidad sirve como límite, mas no como fundamento de la pena.²⁶

Ahora bien, el análisis del fin de la pena no puede realizarse de manera aislada, sino que se inscribe dentro de un modelo de Derecho penal histórica y socialmente determinado. En este sentido, cualquier finalidad que se atribuya a la pena debe estar íntimamente conectada con los fines del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho.

En consecuencia, el Derecho penal no se entiende exclusivamente como la manifestación de la potestad punitiva del Estado, sino como un mecanismo secundario de protección de los bienes jurídicos más importantes, aquellos necesarios para el desarrollo del hombre en su medio social.

El Derecho penal se configura y legitima por constituir un límite a la potestad punitiva del Estado. De esto, la pena se justifica en atención a los fines del Derecho

²³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia, Tirant lo blanch, 1995, pag. 67.

²⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de igualdad... ob. cit., p. 314.

²⁵ ROXIN, Claus. Sentido y límites... ob. cit., pag. 20 y ss. Según este autor, “La mejor política criminal consiste, por tanto, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho”, vid. ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. [Gómez Rivero y García Cantizano (trads.)]. Valencia, Tirant lo blanch, 2000, pag. 34.

²⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* ob. cit., pag. 89.

penal a los que sirve y siempre que se encuadre dentro del más estricto respeto a los principios y garantías propios de un Estado social y democrático de Derecho. Fuera de aquellos límites, como señala Mir Puig, la prevención penal perderá su legitimación.²⁷

III. LA “EFICACIA” COMO PRINCIPIO POLÍTICO CRIMINAL

Ahora bien, si el Derecho penal es de carácter subsidiario, si constituye el último recurso del que dispone el Estado ante el fracaso o insuficiencia de otros mecanismos de control, damos por supuesto que el Derecho penal tiene la eficacia de la que adolecen aquellos. Por tanto, el Derecho penal debe mostrarse eficaz, en términos preventivos, para la protección del bien jurídico.

Y si una pena no es útil a los fines preventivos, las restricciones a la libertad personal y otros derechos fundamentales, que cualquier pena comporta, pierde toda justificación y racionalidad. Por esta razón, como señala Zúñiga Rodríguez, el principio de eficacia comporta un principio de política criminal que exige una permanente evaluación de los objetivos, estrategias y resultados.²⁸

Desde luego, cuando se habla de eficacia en términos preventivos aludo a la evitación o disminución hasta lo socialmente tolerable²⁹ de aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos merecedores de protección penal. Así pues, como dice Jescheck³⁰, la seguridad general no es una situación en la que no se comete ningún delito, pero sí una en la que la criminalidad se mantiene dentro de ciertos límites y se halla controlada por el Estado.

Es de apreciar los intentos por legitimar el uso de la fuerza, esto es, la que supone la conminación e imposición de penas. Como se ha venido diciendo, a las penas se le atribuyen fines preventivos y limitaciones de orden garantista. No obstante, menores parecen los esfuerzos por potenciar los mecanismos alternativos y anteriores a la intervención penal. Y, ciertamente, ésta es una exigencia irrenunciable de un Derecho penal que atienda a los principios de subsidiariedad y mínima intervención.

²⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* ob. cit., pag. 103-109 y 113.

²⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid, Colex, 2001, pag. 180-181.

²⁹ El fenómeno delictivo, en mayor o menor medida, siempre existirá. La sociedad cuenta con eso, existe ciertos niveles de tolerancia. Como dice Gimbernat —aunque para justificar la distinta intensidad de la pena atendiendo a la importancia del bien jurídico lesionado—, podemos vivir con la idea de que posiblemente alguna vez en el curso de nuestra existencia seremos víctimas de un delito contra la propiedad, pero no sucede lo mismo cuando pensamos en un atentado contra la vida. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídicopenal? En: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, Tecnos, 1990, 3ª ed., pag. 153. Del mismo modo, Bustos Ramírez, para quien la cifra oscura de la criminalidad no debe necesariamente asustar, “pues ello en gran medida puede significar que la Sociedad está capacitada para asumir que gran cantidad de conflictos intensos tenga otra solución o no la tenga”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Política Criminal y Estado*. En: AA. VV. *Estudios Jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Valencia, Universitat de Valencia - Institut de Criminología 1997. Vol. I, pag. 320.

³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho...* ob. cit., pag. 2-3. Cfr. también ROLDÁN BARBERO, Horacio. Concepto y alcance de la delincuencia oficial. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2º época, nº 4 (1999), pag. 682. “Pero, seguramente, el mejor aprendizaje que han procurado las encuestas de victimización ha sido el de mostrar la gran tolerancia social que existe respecto al fenómeno delictivo. La ciudadanía acepta en una determinada medida que ser víctima de un delito no grave es un riesgo social asumible”.

Si hablamos de eficacia de la norma penal no podemos dejar de mencionar que el Derecho penal se inscribe dentro de un sistema de control social. Como dice Muñoz Conde, dentro del control social el sistema jurídico penal ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho (p. 17) más sutiles y eficaces; es inimaginable un Derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control.³¹

Prevenir el delito, como dice García-Pablos de Molina, es algo más que dificultar su comisión o que disuadir al infractor potencial con la amenaza del castigo: la prevención no puede desligarse de la génesis del fenómeno criminal, con lo cual, reclama una intervención dinámica y positiva que neutralice sus raíces.³² De esto, la promulgación de nuevas leyes penales, el incremento de las penas, del número de policías y de las cárceles no disminuirá la criminalidad, pues la pena no convence o disuade, “refleja más la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones, que la convicción y la energía necesarias para abordar los problemas sociales”.³³

IV. ANÁLISIS DE LA LEY N° 28726

1 Reincidencia y habitualidad

Esta ley incorpora como agravante, en la Parte General del Código Penal, la reincidencia y la habitualidad. En efecto, según esta norma:

1. El Juez podrá aumentar la pena del reincidente “hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal” (art. 46-B del CP; según art. 2° Ley 28726).
2. En el caso de la habitualidad, “El Juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal” (art. 46-C del CP; según art. 2° Ley 28726).
3. Lo mismo sucede con las *faltas*, pues a tenor del modificado artículo 440, inc. 7: “Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado”.

Para entender bien el alcance de la reforma, reproducimos la siguiente disposición:

“Art. 10. Son circunstancias agravantes:
(...)”

³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pag. 37.

³² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. La prevención del delito... ob. cit., pag. 83 y 96, considera este autor que una moderna política criminal de prevención del delito implica, entre otras cosas, prestaciones positivas, aportaciones y esfuerzos solidarios que neutralicen situaciones carenciales, conflictos, desequilibrios, necesidades básicas. Por lo demás, esto constituye uno de los mandatos de la Constitución española (art. 9.2).

³³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “Ius Puniendi”. En: González Rus (Coord.). *Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. Córdoba, 1996, pag. 251-252.

14. *Ser el culpable reincidente en delito de la misma naturaleza, o consuetudinario, aunque sea en otros de diversa especie”.*

Este artículo corresponde al Código Penal peruano de 1863, es decir, tiene más de 140 años. A este respecto, Vitervo Arias señalaba en mayo de 1896: “No creemos necesario justificar el carácter de gravedad que la reincidencia impone al delito; ya sea la repetición de otro semejante, ya difiera del anteriormente cometido. La reincidencia prueba del modo más claro que ni el castigo ni el remordimiento han bastado para garantizar el orden social contra los atentados del reincidente; y es justo y racional apelar a castigo más severo para cegar esa fuente de males que incontenible se derrama”.³⁴ [sic]

Es entendible que se pueda expresar opiniones como esta, dada la fecha en la que fueron emitidas. Pero asumirlas hoy en día, ya resulta francamente condenable. Reintroducir la reincidencia y habitualidad como circunstancias agravantes supone un claro retroceso que desdeña la evolución del Derecho Penal, refleja el asentamiento de una mentalidad retrógrada incapaz de afrontar el problema de la criminalidad de una manera responsable, y una medida que ahondará la crisis que viene arrastrando nuestro sistema penitenciario. Estamos ante el retorno desembozado de un Derecho penal de autor, propio del positivismo criminológico. En este sentido, resulta interesante apreciar lo manifestado por los miembros de la Comisión Revisora en la Exposición de Motivos del Proyecto del Código Penal.

“Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto de Código Penal, los institutos penales de la reincidencia y habitualidad. Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas.”

Agrega la Exposición de Motivos que castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio *non bis in idem*. Dicha medida, según la Comisión Revisora, no es eficaz desde el punto de vista de la prevención general, pues no consigue atemorizar, constituyendo un “rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social”.

Como bien señala Zúñiga Rodríguez, según los postulados del positivismo criminológico la pena no se concebía como un castigo, sino como un medio de “defensa social” cuya aplicación no se fundamenta en la gravedad del delito cometido, sino en la “peligrosidad del delincuente”.³⁵ Esta corriente, que entendíamos hace tiempo superada, concebía al delincuente como un sujeto determinado al delito por razones biológicas o sociológicas. La comisión del delito y, más aún, la reincidencia, no serían sino la confirmación o manifestación de la “peligrosidad” del delincuente. Contra aquel sólo

³⁴ VITERVO ARIAS, José. Código Penal del Perú de 1863. Lima, Librería e imprenta Gil, 1900, p. 134

³⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*, ob. cit., p. 80.

cabía medidas de aseguramiento, promoviendo, incluso, la reclusión por un tiempo indeterminado.

La Ciencia Penal, como bien sabemos, fue evolucionando. Pronto las ideas de resocialización y dignidad de la persona entraron en colisión con aquella maquinaria demoledora de seres humanos. En un Derecho penal moderno, la pena tiene fines y límites. Y en este proceso de humanización de las penas es que se llega —en nuestro caso con el Código Penal de 1991— a la derogación de las normas sobre reincidencia y habitualidad. En este sentido, la Ley 28726 supone un retorno al pasado.

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

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

La reincorporación de estas agravantes por el legislador, sin embargo, no constriñe al Juez a que las aplique en todos los casos y sin excepciones. Esta institución asume, a mi entender, un carácter (p. 18) facultativo. No otra cosa se desprende del verbo empleado por el legislador: El Juez “*podrá*”. Tendremos que confiar en una interpretación garantista de los magistrados, la misma que entendiendo que dicha figura no es de aplicación obligatoria, la inaplique (o la aplique excepcionalmente) en salvaguarda de criterios de proporcionalidad, economía procesal y, sobre todo, en protección de la dignidad de la persona humana.

Fíjese que el artículo 1 de la referida ley incorpora dentro del artículo 46 del Código Penal los incisos 12 y 13, correspondientes a la habitualidad y reincidencia, respectivamente. El artículo 46 CP constituye una disposición que establece criterios de determinación o individualización judicial de la pena “dentro de los límites fijados por la ley”. Con lo cual, los magistrados podrán tener en cuenta la reincidencia y habitualidad para fijar la pena dentro de los límites establecidos en cada delito, lo que si bien puede resultar muy criticable —por la vulneración del *ne bis in idem*—, será siempre menos afflictivo que considerarlas “agravantes” y así incrementar la pena por encima del máximo fijado para cada figura penal. Como bien dice Quintero Olivares, el marco penal máximo asignado a cada delito “es la expresión de la medida de lo injusto en el modo en que lo ha valorado el legislador. La pena que desborde ese marco pierde ya toda relación con el delito cometido y se inspira solamente en la personalidad criminal del reo”.³⁶

³⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid, Civitas, 2004, p. 108.

Los autores de las Leyes 28730 y 28726 son conscientes de lo que están haciendo, pues saben que están barrenando principios básicos del Derecho penal, en especial, el principio de proporcionalidad de las penas. No otra cosa se desprende del artículo 1 de la Ley 28730, que modifica el artículo VIII del Título Preliminar en los siguientes términos:

“Artículo VIII. Proporcionalidad de las sanciones.

La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad de agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”

Está suficientemente claro que la voluntad del legislador es que el principio de proporcionalidad no rija para los reincidentes y habituales. Y si la pena puede sobrepasar en estos casos la responsabilidad por el hecho, el autor ya no responde por su conducta, sino por su condición.

2. Prescripción de la acción penal y de la pena en las faltas

El paso del tiempo tiene por virtud extinguir la acción penal y la pena. En efecto, como dice Prado Saldarriaga, la prescripción puede definirse como el transcurso del tiempo que extingue la persecución de un delito o la ejecución de una pena.³⁷ Asimismo, la presunción de inocencia y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se oponen al mantenimiento *sine die* de la potestad punitiva del Estado frente a la comisión de una infracción punible. Desde el punto de vista político-criminal, se entiende que el paso del tiempo va diluyendo la necesidad de la pena, con lo cual, la imposición de esta pierde cualquier finalidad preventiva.

Ahora bien, las faltas constituyen infracciones de menor dañosidad social, y ello se refleja no sólo en la naturaleza de las penas (restrictivas de derechos y multa), sino también en el plazo establecido por el legislador para que opere la prescripción de la acción penal y de la pena. No obstante, en la lógica represiva implementada por estas últimas reformas, el legislador ha duplicado el plazo de prescripción —tanto de la acción penal como de la pena— en los casos de reincidencia. Con lo cual, para los reincidentes las faltas prescriben a los dos años (artículo 440 inc. 5, según Ley 28726).

3. Concurso ideal

Si la habitualidad y la reincidencia presuponen la realización de más de un hecho punible (y en ese empeñamiento de actuar contra Derecho quiere la Ley fundar el agravamiento de la sanción), en el concurso ideal estamos ante la realización de una única acción que se subsume en diversos tipos penales, ninguno de los cuales lo abarca en su totalidad.

El artículo 3 de la Ley modifica el art. 48 del CP (concurso ideal). Si este tipo de concurso se reprimía antes con la pena más grave de los delitos concurrentes, hoy se

³⁷ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Consecuencias Jurídicas del Delito*, Lima, Gaceta Jurídica, 2000, 1º ed., p. 255.

sobrepasa ese umbral: “Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, *pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte*, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años”.

Se quiebra, pues, el principio de absorción, por el que la pena del delito más grave absorbía las penas de los delitos más leves. Con la reforma, la concurrencia de figuras penales más leves (aun cuando estemos hablando de una única acción) tiene por virtud incrementar el *quantum* de la pena por encima del máximo de la pena más grave.

4. Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad

El artículo 55 CP aborda el tema de la conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad. Esta disposición se refiere específicamente al supuesto en que un condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios a la comunidad o con la jornada de limitación de días-libres impuestas como penas autónomas.

Por tanto, estamos ante un supuesto distinto a las conversiones de los artículos anteriores. En efecto, en el artículo 52 CP se convierte la pena privativa de libertad en penas de distinta naturaleza. Los artículos 53 y 54 CP sí se refieren a aquellos casos en los que las penas de multa, prestación de servicios a la comunidad y limitación de días-libres son convertidos en pena privativa de libertad, pero, a diferencia del supuesto regulado en el artículo 55 CP, en aquéllos las penas de distinta naturaleza a la privativa de libertad han sido impuestas mediante la conversión del artículo 52 CP. Es decir, los artículos 53 y 54 CP regulan supuestos de revocación de la conversión del artículo 52 CP por incumplimiento de la pena convertida o por la comisión de un nuevo delito doloso, respectivamente.

Entonces, el artículo 55 CP se refiere al supuesto en que un condenado no cumple, de manera injustificada, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres impuestas *como penas autónomas*. Ahora bien, con la modificación de la Ley 28726 se hace la precisión de que en estos casos las condenas a prestación de servicios a la comunidad o a limitación de días libres pueden ser convertidas en pena privativa de libertad, *aun tratándose de faltas*. Como se sabe, a las faltas sólo le son aplicables las penas limitativas de derechos y multa (art. 440, inc. 3 CP). Es decir, una falta sólo se puede reprimir con prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, inhabilitación o multa. No obstante, según el artículo ahora analizado, quien ha sido condenado por la comisión de una falta podría terminar cumpliendo pena privativa de libertad si es que incumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres.

No se dará la conversión en los casos de incumplimiento de la pena de multa. Se entiende que el legislador ha querido evitar un conflicto con la proscripción de la prisión por deudas (art. 2º inc. 24 lit. “c” Const.).

Se varía también las equivalencias de la conversión, para lo cual se suprime la remisión al artículo 53 CP. De ahora (**p. 19**) en adelante la conversión se hará a razón de un día de pena privativa de libertad por cada jornada incumplida de prestación de servicios a la comunidad o jornada de limitación de días-libres. Teniendo en cuenta que estas penas

pueden oscilar entre las diez y las ciento cincuentiséis jornadas semanales, el condenado podría eventualmente cumplir un mínimo de diez y un máximo de ciento cincuentiséis días de pena privativa de libertad.

5 Faltas contra el patrimonio (hurto simple, daño y hurto de ganado)

El artículo 3° de la Ley modifica también el artículo 444 CP, y lo hace para reducir el valor del objeto material del ilícito, necesario para que se configure una “*falta*” contra el patrimonio. Consecuentemente, si antes se configuraba un “*delito*” cuando el bien sobre el que recaía la acción —la descrita por los artículos 185°, 205° y 189°-A del Código Penal— superaba las cuatro remuneraciones mínimas vitales o, tratándose del hurto de ganado, un tercio de la UIT, hoy en día basta que el valor del bien sea superior a 1 RMV para que estemos ante un delito.

El objetivo es claro, y se desprende de un análisis sistemático de las diversas disposiciones de las Leyes 28726 y 28730. Se endurece la persecución penal, aun en el caso de los delitos de bagatela, con el fin de facilitar el internamiento preventivo o definitivo de los procesados. Buena muestra de ello, es la modificación operada al artículo 135 del Código Procesal Penal, el mismo que será comentado en el próximo apartado. A mayor abundamiento, el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República —que da origen a la modificación analizada— señala que la “sociedad” venía criticando constantemente el hecho de que la autoridad competente estuviese atada de manos ante la pequeña delincuencia, pues al no proceder el mandato de detención, los “malhechores” salían libres inmediatamente para seguir cometiendo nuevas “fechorías”. Agregando que “*no es justo que un ratero que se apropia de un bien, cuya adquisición implica meses de trabajo y ahorro a la mayoría de los asalariados del Perú, sea sancionado, en el mejor de los casos, con penas tan leves que no llegan a hacer desistir al delincuente*”. [El subrayado no es nuestro].

Ahora bien, a nadie debe sorprender que el 61% de las faltas registradas por la Policía Nacional lo sean justamente por faltas contra el patrimonio.³⁸ Con lo cual, cabe preguntarse cuántas denuncias por faltas contra el patrimonio —de las más de 100,000 que recibe la Policía cada año— dejarán de ser conocidas por los Juzgados de Paz, para pasar a la competencia de los Juzgados Penales. Teniendo en cuenta que el límite entre la falta y el delito se ha reducido de cuatro (4) a una (1) RMV, es de esperar que el grueso de las denuncias por faltas contra el patrimonio registradas por la Policía Nacional constituyan desde ahora delito, agravando aún más la lamentable sobrecarga procesal de nuestros tribunales.

Por supuesto que esto ha sido tomado en cuenta por nuestros legisladores, pues señalan: “si contáramos con un mayor número de jueces penales, se superaría cualquier cuestionamiento, exhortamos a las autoridades competentes a otorgarle al Poder Judicial los recursos necesarios, a fin de que pueda exigírsele, con razón, una administración de justicia más rápida y eficiente”. En otras palabras, no hay de qué preocuparse, pues si *hoy* incrementamos el trabajo y la carga procesal de nuestros jueces, *algún día* se incrementará el número de nuestros operadores judiciales. Sin comentarios.

³⁸ Según las cifras del INEI, el año 2003 se registraron 164,959 faltas, de las cuales 100,622 correspondía a faltas contra el patrimonio, vid. INEI. *Perú. Compendio...* ob. cit., p. 313.

Cabe mencionar que la falta correspondiente a la sustracción de ganado, recibe ahora la misma sanción que los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 444 CP (prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas o con sesenta a ciento veinte días-multa), lo que supone un incremento de la pena con respecto a la situación previa a la reforma (prestación de servicios comunitarios no menor de treinta ni mayor de cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa).

6. Mandato de detención

Como se acaba de decir, el ingreso a un centro penitenciario se facilita enormemente con la agravación de las penas, pero sobre todo con la modificación de uno de los requisitos del mandato de detención (art. 135 inc. 2 Código Procesal Penal, modificado por el art. 4 Ley 28726). Antes se exigía un pronóstico de la pena a imponer superior a los cuatro años de pena privativa de libertad. Con la modificación operada, basta que la sanción a imponerse —o la suma de ellas— sea superior a un año de pena privativa de libertad para que quede satisfecho este requisito.

En el mismo artículo 135 inc. 2 Código Procesal Penal, el legislador ha añadido la habitualidad del agente como uno de los elementos que puede tomar en cuenta el Juez para disponer un mandato de detención. Al hacerlo de manera alternativa (... o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente) algunos podrían entender que se abriría la posibilidad para disponer esta medida de coerción aun en el caso de las faltas, toda vez que en este caso (habitualidad) el legislador ya no atendería a la gravedad del delito desde el punto de vista de la pena probable.

Un razonamiento así carecería de toda racionalidad, pues no podría entenderse que una medida provisional termine siendo más gravosa que las mismas sanciones penales que efectivamente se pudieran imponer. En efecto, según el art. 440 inc. 3 CP, las penas que pueden imponerse en las faltas son las restrictivas de derechos y multa, con lo cual, es inaplicable la pena privativa de libertad. De esto, constituiría una arbitrariedad disponer una privación de libertad no mediante una condena en toda regla, sino mediante la aplicación de una medida coercitiva.

La Ley 27939, publicada el 12/02/2003 y que regula el procedimiento en casos de faltas, no menciona la posibilidad de que el Juez de Paz Letrado pueda disponer un mandato de detención al dictar el auto de apertura de instrucción. Tampoco establece que el Juez de Paz Letrado pueda disponer esta medida coercitiva en aquellos casos en los que el proceso se prolongue por la necesidad de realizar otras diligencias. Consiguientemente, en atención al **principio de legalidad procesal**, no cabe el mandato de detención en el procedimiento de faltas. Sólo procede la detención en casos de flagrancia, pero el detenido debe ser puesto de inmediato a disposición del Juez de Paz Letrado.

Ahora bien, según el Dictamen de la Comisión del Congreso antes referido, se busca ampliar el margen de discrecionalidad del Juez para decretar la detención, ya que el mandato de comparecencia presenta algunos problemas, entre ellos, “*que induce a no denunciar los hechos delictivos, por el temor a encontrarse, al día siguiente, con el delincuente caminando tranquilamente por el vecindario*”; a lo que se agrega, según el mismo dictamen, el hecho de permitirles volver a delinquir mientras son juzgados.

Un análisis detallado de la modificación del artículo 135 del Código Procesal Penal excede en gran medida los propósitos de este trabajo. Nos limitaremos, por ello, a esbozar una crítica desde la ponderación del principio de proporcionalidad. Como sabemos, este constituye un principio político criminal que tiene manifestaciones concretas tanto en el Derecho penal, como en el Derecho procesal penal. Veamos.

Generalmente admitido es que la pena ha de ser proporcional a la gravedad de la infracción penal realizada. Como dice Gracia Martín, la imposición y aplicación de la pena suponen la reafirmación del *ordenamiento jurídico* en el sentido de restauración ideal de aquél en la misma proporción en que lo hubiera menoscabado **(p. 20)** la infracción cometida.³⁹ Así pues, la proporcionalidad de las penas constituye un límite al *Ius Puniendi* que no admite restricciones, ni siquiera por razones de prevención general o especial. Todo lo contrario, la función preventiva de la pena encuentra un límite infranqueable en la “*proporcionalidad de la pena*”, la misma que debe corresponderse con la gravedad del injusto y la culpabilidad del delincuente.⁴⁰

No obstante, como es fácil de entender, el mandato de detención no puede tener finalidades preventivo-punitivas, pues estamos ante una medida de distinto cuño. En efecto, el mandato de detención es una medida coercitiva de naturaleza estrictamente procesal. En este sentido, no tiene carácter punitivo ni puede constituir un anticipo de pena. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“La detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional.” (STC N° 0298-2003-HC/TC, Caso Loza Munárriz)

Por tanto, esta medida coercitiva ha de estar en adecuada relación con la entidad y trascendencia del hecho que se imputa al encausado,⁴¹ y sus efectos no deben exceder la finalidad perseguida por la ley, respecto de una situación concreta.⁴²

Con lo cual, resulta desproporcionado que frente a delitos de menor gravedad o en aquellos casos en que el peligro procesal es mínimo se restrinja la libertad ambulatoria de los procesados.

La Ley 28726 vulnera sin miramientos este principio y, así, abre la posibilidad a que se disponga mandato de detención en figuras culposas y aun en la mera tentativa de delitos que entrañan poca dañosidad social. Por ejemplo:

1. La pena para el delito de lesiones leves culposas, según el artículo 124 CP primer párrafo, es no mayor a un año de pena privativa de libertad. Por tanto, en

³⁹ GRACIA MARTÍN / BOLDOVA / ALASTUEY. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, Tirant lo blanch, 2004, 3° ed., p. 31.

⁴⁰ GRACIA MARTÍN / BOLDOVA / ALASTUEY. *Lecciones...* ob. cit., p. 32.

⁴¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Vol. II*. Lima, Grijley, 1999, p. 790.

⁴² ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, Editorial Alternativas, 1999, 2° ed., p. 330.

principio, no procedería mandato de detención, aun con la modificación de la Ley 28726. Pero como la Ley 28730 ha modificado la regla del concurso real, ahora se suman las penas,⁴³ con lo cual, la suma de los dos (o más) delitos concurrentes (lesiones leves culposas) sí puede superar el año de pena privativa de libertad, y caer dentro de los supuestos en los que es posible disponer un mandato de detención.

2. Puede disponerse mandato de detención por la comisión del delito de lesiones graves culposas, toda vez que la pena es privativa de libertad de uno a dos años (art. 124 CP, segundo párrafo).
3. El delito de difamación, reprimido por el art. 132 CP con pena privativa de libertad no mayor de dos años; siendo no menor de uno ni mayor de dos en la difamación calumniosa; y no menor de uno ni mayor de tres cuando se realiza por medio de libro, prensa u otro medio de comunicación social.
4. El artículo 185 CP sanciona el hurto simple con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Con lo cual, se posibilita la disposición de mandatos de detención aun en los casos de tentativa (vid. art. 16 CP, donde se señala que el Juez disminuirá prudencialmente la pena), mucho más, tratándose de habituales o reincidentes, lo cual es muy común en procesados o condenados por delitos contra el patrimonio.
5. El art. 205 CP, que reprime el delito de daños con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Damos por entendido que el mandato de detención no es aplicable a las faltas, pero aun así, consideramos que su aplicación a delitos de menor gravedad desconoce los efectos criminógenos de las privaciones de libertad de corta duración. Este es un costo social que parece no tomarse en cuenta. Contra lo que piensan los legisladores, las cosas no se van a solucionar incrementando el número de jueces, policías y centros penitenciarios. Pero ya constituyendo esto mismo casi una quimera, se recurre a un remedio peor: al endurecimiento del Derecho penal y las medidas de coerción. Es decir, a una medida simbólica y demagógica.

V. ANÁLISIS DE LA LEY N° 28730

1. Concurso real

El concurso real (artículo 50 CP) consiste en la concurrencia de una pluralidad de acciones independientes entre sí, con la particularidad de que constituyen, cada una de ellas, delitos autónomos. Es decir, estamos ante una pluralidad de acciones y pluralidad de delitos (en el concurso ideal estamos ante una unidad de acción, pero con una pluralidad de delitos).

Hasta ahora, la sanción a imponer en los casos de concurso real era la pena del delito más grave, siendo que los delitos restantes tenían por virtud agravar la pena dentro de los márgenes legales del delito más grave. Esto es, la determinación de la pena en los casos de concurso real se realizaba en atención a los principios de absorción (la pena del

⁴³ Hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder los 35 años; salvo el caso de cadena perpetua, en la que se aplicará ésta.

delito más grave absorbe las penas de los delitos más leves) y asperación (individualización de la pena según los criterios del artículo 46 CP).⁴⁴

Con la modificación, se prescinde del principio de absorción y se procede a una “acumulación material” de las penas. No es, ciertamente, una acumulación absoluta, faltaba más! Se establece como factor de corrección un determinado límite: Hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, sin que pueda exceder los 35 años (salvo la cadena perpetua).

2. Concurso real retrospectivo

La modificación del artículo 51 CP supone que si se descubre otro delito cometido por la misma persona con anterioridad a la expedición de una sentencia condenatoria, dicho condenado se verá sometido a un nuevo proceso penal donde el Juez fijará una pena que será sumada a la anteriormente impuesta.

La diferencia es notable, pues antes sólo se abría proceso cuando el delito descubierto merecía una pena superior a la impuesta. Hoy en día es indistinto, pues las penas terminan sumándose. Con lo cual, el Juez debe indefectiblemente abrir un nuevo proceso para fijar la pena. De este modo, y más allá de los reparos de orden sustantivo, esta medida está llamada a agravar aún más la sobrecarga procesal de nuestros tribunales.

3. Rehabilitación automática

La Ley 28730, ha incorporado al artículo 69 un párrafo que desconoce la esencia de la rehabilitación y el cumplimiento íntegro de la condena.⁴⁵ En efecto, dicho párrafo prescribe lo siguiente:

(p. 21) *La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena.*

Esta norma entra en abierta contradicción con la modificación operada una semana antes por la Ley 28726, pues el recientemente incorporado artículo 46°-B del Código Penal, en su último párrafo, dispone que a los efectos de la agravante por reincidencia “no se computarán los antecedentes penales cancelados”. Sin embargo, siete días más tarde, la Ley 28730 quiebra la esencia de la rehabilitación por cumplimiento de pena dejando sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. ¿Debe entenderse entonces que, dejada sin efecto la cancelación de los antecedentes penales —como consecuencia de la reincidencia—, puede tomarse en cuenta dichos antecedentes para la aplicación de la agravante por reincidencia? ¿Estamos ante un supuesto de derogación tácita, en el que el último párrafo del artículo 46°-B ha sido derogado por el último párrafo del artículo 69° del Código Penal?

⁴⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Consecuencias Jurídicas...* ob. cit., p. 141.

⁴⁵ Para Prado Saldarriaga, la rehabilitación elimina la condición de condenado en aquél que cumplió una pena, vid. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Consecuencias Jurídicas...* ob. cit., p. 253.

En mi opinión, el artículo 46°-B *in fine* del Código Penal sigue vigente. No veo derogación tácita por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior. Por lo demás, si se aprecia bien, la “incompatibilidad” no sólo aparecería entre los artículos 46°-B y 69° del Código Penal, sino al interior mismo del primero de los artículos mencionados. En efecto, el primer párrafo de este artículo dispone que **tendrá la condición de reincidente** el que después de haber cumplido **en todo** o en parte una condena privativa de libertad, incurra en nuevo delito doloso. Por tanto, parece admitirse la posibilidad de que se compute, a los efectos de la reincidencia, un delito anterior cuya pena privativa de libertad ya fue cumplida totalmente (**caso en el que ya habría operado la rehabilitación automática, con la consiguiente cancelación de los antecedentes penales**). No obstante, el tercer párrafo del mismo artículo 46°-B señala que a los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados.

En un lenguaje críptico, el legislador del primer párrafo parecería querer decir, por ejemplo, que un condenado que cumplió totalmente la pena privativa de libertad impuesta por un delito anterior, será considerado reincidente si comete nuevo delito doloso. El legislador del segundo párrafo, en cambio, parece decirnos lo contrario: a los efectos de esta circunstancia, no se tomará en cuenta los antecedentes penales cancelados, es decir, aquellos extinguidos por el cumplimiento íntegro de la pena.

Entiendo que cuando el legislador dice “a los efectos de esta circunstancia”, se está refiriendo a la **circunstancia agravante por reincidencia** regulada en el segundo párrafo del mismo artículo. Por tanto, a estos efectos, no debe computarse los antecedentes penales cancelados. Queda así la pregunta de por qué el legislador incluye la expresión “**en todo**” en el primer párrafo del artículo 46°-B del Código penal. Seguramente lo hizo para ampliar el ámbito de aplicación de la reincidencia (con el fin de utilizarla en el ámbito procesal y quizás penitenciario), pero de ninguna manera para permitir la aplicación de la circunstancia agravada de reincidencia en el caso de aquellos condenados que ya han quedado rehabilitados.

En este mismo sentido, considero que el último párrafo del artículo 69° CP tampoco deroga el último párrafo del artículo 46°-B del Código Penal, pues el hecho de que se deje “sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena” no importa necesariamente que aquellas condenas ya extinguidas tengan que ser computadas a los efectos de aplicar la circunstancia agravada por reincidencia. Por más que los certificados correspondientes vuelvan a consignar dichos antecedentes.

VI. A modo de conclusión.

El análisis de las Leyes 28726 y 28730 nos ha permitido confirmar algunas características de las últimas reformas del Código Penal. En primer lugar, que estas se inscriben en un proceso de endurecimiento del sistema penal, el mismo que parte de una fe ciega en el Derecho punitivo o, peor aún, del empleo del Derecho penal con fines simbólicos, demagógicos o coyunturales.

En segundo lugar, consideramos que las reformas van a ocasionar un agravamiento de la crisis del sistema penitenciario, así como un acusado incremento de la sobrecarga procesal.

Reforzar la potestad punitiva del Estado en sociedades donde la consolidación de la Democracia es una tarea pendiente, en sociedades donde imperan el autoritarismo, la discriminación y la corrupción, es ciertamente peligroso.

En el plano formal, se percibe nuevamente problemas de redacción y de orden sistemático, sobre todo con las disposiciones que regulan la reincidencia y la rehabilitación.

Como ya mencioné en alguna ocasión, creo firmemente que los principios y derechos fundamentales tienen una notable importancia, pues más allá de sentar las bases mismas del Derecho Penal, blindan y arropan las libertades que sirven de fundamento a un Estado Social y Democrático de Derecho. En eso no se puede claudicar. Ni bajo el pretexto de alcanzar mayores cotas de seguridad. Pues cuando el Estado deviene en arbitrario, nadie tiene asegurada su libertad. Como dijo Bobbio: *no existen libertades perdidas o conquistadas para siempre*.⁴⁶

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. [Gregorio Peces-Barba (trad.)]. Barcelona, Paidós, 1993, p. 130.