

**EL PASADO CRIMINAL COMO FACTOR DE AGRAVACIÓN DE LA PENA.
LA REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD EN LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N° 00014-2006-PI/TC**

*Dr. Eduardo A. Oré Sosa*¹

Y, sin embargo, aquello era como una crisis repentina de rabia ciega, como una inagotable sed de vengar antiguas ofensas de las cuales hubiese perdido el recuerdo exacto... Jacques no lograba darse una contestación satisfactoria. Era demasiado ignorante; sólo sentía aquella agonía de hombre impelido a cometer actos en que su voluntad no tomaba parte, actos cuya causa había desaparecido en él.

Por más que no tuviera arma alguna, por más que hiciese esfuerzos para contenerse, comprendía que la bestia, libertada de su voluntad, empujaría la puerta y estrangularía a la muchacha bajo el impulso del rapto instintivo y de la necesidad de vengar la antigua injuria.

Desde que había salido de la habitación, empuñando el cuchillo, no era él quien obraba: era otro, aquel otro a quien él a menudo había sentido agitarse en las honduras de su ser; aquel otro que de tan lejos venía, ardiente, con hereditaria sed homicida.

*Émile Zola
La Bestia Humana*

I. Introducción

Tal parece que estamos destinados a dar pasos de cangrejo. Cuando una institución —en grado sumo cuestionada— es proscrita de nuestro ordenamiento jurídico por inútil, por retrógrada y por carecer de toda conveniencia político-criminal, he ahí que la autoridad pública se ufana de haberle dado nueva vida. Como ya se sabe, el artículo 1 de la Ley 28726 incorporó en el artículo 46 del Código Penal dos circunstancias agravantes adicionales: la reincidencia y la habitualidad. En virtud del artículo 2 de la referida ley, 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) y, en el caso del habitual, hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal correspondiente (art. 46-C del CP).

Estas agravantes, sobre todo la que se funda en la habitualidad del delincuente, se condicen mejor con los postulados del positivismo criminológico, esto es, con aquella

¹ Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magíster en Derecho con Mención en Ciencias Penales (UNMSM)
Doctor por la Universidad de Salamanca, España.
Miembro del Estudio Oré Guardia
Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

corriente que concibe al delincuente como un sujeto determinado al delito por razones biológicas² o sociológicas. Aquí el delito no es expresión de una voluntad libre, sino manifestación de una *naturaleza perversa*.³ En dicho contexto, siguiendo a Zúñiga Rodríguez, la pena es vista como un medio de *defensa social* cuya aplicación no se fundamenta en la gravedad del delito cometido, sino en la *peligrosidad* del delincuente.⁴ De este modo, la Ley 28726, promulgada en el 2006, puede aparecer —inadvertidamente— como un sentido homenaje al principal representante del positivismo criminológico, Cesare Lombroso, conmemorando los 130 años de la aparición de su célebre obra: *El hombre delincuente*. En dicha obra, el autor expuso la tesis del *delincuente nato*, donde el comportamiento criminal se explica por taras degenerativas de connotación atávica; lo que implica una regresión y adopción de conductas propias de los estados más primitivos de la humanidad. Bajo este influjo, la pena se desentiende de toda finalidad preventiva, relega en un segundo plano la entidad del delito cometido, de suerte tal que la pena se funda, más bien, en la peligrosidad social del delincuente.

Claro que muchos añoraban estas circunstancias agravantes, como se pone de manifiesto con los diversos proyectos de ley que, desde hace algunos años, se venían presentando ante el Congreso de la República. Sólo por mencionar un caso ilustrativo, tenemos el Proyecto de Ley N° 12450/2004-CR presentado el 4 de marzo de 2005 y en cuya Exposición de Motivos se puede leer lo siguiente:

“El carácter del delincuente habitual resulta de la inclinación al delito, es una costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos y es un modo de obrar del sujeto. Esta se verifica no sólo mediante las sentencias condenatorias sino también a través de antecedentes policiales y penales.

*Es importante entender que el juez al imponer una pena al infractor habitual, no está evaluando y juzgando por los hechos delictivos pasados, sino que se le juzga por el hecho actual pero considerando como agravante la repetición de hechos delictivos en el tiempo, **entendiéndose que el infractor se mantiene en un estado de peligrosidad del cual hay que proteger a la sociedad en su conjunto con medidas de carácter especial, como imponer una sanción más severa para lograr que la pena cumpla su función resocializadora**”.* [El subrayado es nuestro].

Si ya hoy pocos afirman que la pena —en especial la privativa de libertad— cumple un fin resocializador,⁵ pensar que el éxito de dicha finalidad guarda relación con la

² Como dato interesante cabe mencionar que Émile Zola estuvo al tanto de las ideas del positivismo criminológico. De ahí que, en la *Bestia Humana*, Jacques Lantier poseyera un incontrolable instinto homicida que lo llevó, incluso, a asesinar a su amada —y amante— Severine.

³ Término tomado de: BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Trotta, 2006, pág. 30.

⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid, Colex, 2001, pág. 80.

⁵ En realidad el debate va por otro lado. Según Carbonell Mateu, la reinserción social del individuo no constituye un fin de la pena, sino una tendencia a la que debe dirigirse la ejecución de ésta, con lo cual, la “readaptación” trata de conseguir que el ciudadano se mantenga en el respeto al deber ser ideal, no que lo asuma como propio, vid. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 67. La misma Constitución parece apuntarlo así, pues en el artículo 139 inc. 22 lo reconoce como un principio del régimen penitenciario. En buena cuenta, como apunta Luzón, no se espera que el condenado se convierta en un modelo de ciudadano, sino, simplemente, que no delinca, vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de igualdad, Derecho penal

severidad o extensión de las penas es una ligereza que la realidad no se cansa de refutar. Es más, cuando la ley de marras fue aprobada por el Congreso, el entonces Jefe del Instituto Nacional Penitenciario, Wilfredo Pedraza, declaró a los medios de comunicación que el magro presupuesto de la institución impedía construir más penales, siendo que el hacinamiento no permitiría llevar a cabo “una verdadera rehabilitación de los internos”; en atención a ello, iba a pedir al Ministro de Justicia que el Ejecutivo observara la ley. El desenlace es conocido por todos: la Ley 28726 no fue promulgada por el Presidente de la República, sino por el Presidente del Congreso de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108 de la Constitución.

Ahora bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional objeto de este trabajo se prodiga en una serie de afirmaciones que, cuando menos, merecen algunas observaciones. Antes de entrar en materia, veamos una de ellas.

“... es claro que el examen constitucional de la habitualidad pasa por que este Tribunal precise previamente que el control constitucional abstracto de las leyes no se realiza en función de las construcciones doctrinarias realizadas en materia penal sobre la habitualidad, sino en función del conjunto de derechos, principios y valores que incorpora nuestra Constitución. De modo tal que el parámetro de validez constitucional de la ley impugnada al cual el Tribunal debe recurrir es la propia Norma Fundamental y no la doctrina penal, por muy autorizada que esta sea.”

Debemos precisar que la doctrina suele analizar las instituciones o preceptos penales no sólo desde el prisma de su corrección dogmática y su conveniencia político-criminal, sino también desde los parámetros de un Estado social y democrático de derecho, esto es, a partir de los valores y principios reconocidos —directa o indirectamente— en la Constitución: los mismos que el Tribunal Constitucional dice preservar. Por tanto, prescindir de lo aportado por la doctrina penal no parecería una buena práctica interpretativa, pues lo que está en juego es el análisis, justamente, de una norma de índole penal. Quizás lo que quiere expresar el Tribunal Constitucional es algo tan sencillo como irrefutable: las construcciones doctrinarias no son vinculantes, sino que tienen un mero valor interpretativo.

Es curioso que el Tribunal Constitucional español haya hecho una afirmación semejante cuando tuvo que resolver una cuestión de constitucionalidad —planteada por un Juzgado de Instrucción— en relación a la agravante por reincidencia. En efecto, en la STC 150/1991 de 4 de julio de 1991 se puede leer:

“Para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia... hay que atender, no a las construcciones doctrinales formuladas respecto de la agravante ahora cuestionada, sino única y exclusivamente a la regulación y efectos que el Código Penal establece respecto de la misma, para comprobar si la determinación de una pena superior por el hecho de la concurrencia de la reincidencia es o no conforme con la Constitución; el parámetro a utilizar para resolver su constitucionalidad o inconstitucionalidad es la propia Constitución, y no determinadas categorías

de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones. En: *Estudios Penales*. Barcelona, PPU, 1991, pág. 314.

dogmáticas jurídico-penales, sobre las que no corresponde pronunciarse a este Tribunal”.

Ciertamente, el Derecho Penal no puede desatender los principios y valores reconocidos en la Constitución. Sin embargo, a diferencia de las normas penales —que conforme al principio de legalidad deben ser claras y precisas en la determinación del ámbito de lo punible— las disposiciones constitucionales suelen caracterizarse por ser de cierta ambigüedad, recurriendo a principios y conceptos abstractos cuya concreción no siempre resulta incontestable. Por esta razón, Quintero Olivares, sin negar el papel informador de los principios constitucionales en el ordenamiento jurídico, relativiza el significado y la influencia de dichos principios en el Derecho Penal. Según este autor, resulta indudable que algunos principios penales pueden encontrar basamento en los valores o principios constitucionales, pero lo que no se puede desconocer es que de un principio constitucional genérico no se puede derivar la solución a un conflicto concreto.⁶ Con todo, creemos ciertamente que el Derecho Penal debe corresponderse con los valores legítimos que la Constitución consagra.

II. Determinación judicial de la pena

Las circunstancias agravantes —entre ellas la reincidencia y habitualidad— son tenidas en cuenta, aunque suene a verdad de Perogrullo, para determinar la pena correspondiente a un delito en concreto. Ahora bien, el proceso de determinación de la pena es desde luego más complejo. Bien se sabe que ella admite dos instancias: la legal y la judicial. La determinación legal se realiza —aunque huelgue decirlo— en abstracto, e incide en el tipo de pena y en el marco previsto (mínimo y máximo) en el Código Penal para cada delito.⁷ La ley también establece las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, esto es, aquellas que tienen por virtud atenuar o agravar las penas. Fija, además, criterios de concreción de la pena que se fundan en el grado de realización del delito (consumación o tentativa) o en el grado de intervención (autor o partícipe). Por si fuera poco, el legislador establece unos criterios que deberá tener en cuenta el Juez a la hora de individualizar la pena (artículo 46 CP). La instancia judicial o de individualización de la pena, por el contrario, no se realiza en abstracto, sino que atiende a las especificidades del caso concreto: mira tanto al delito cometido como a su autor.

Como se puede ver, la fase de concreción o individualización de la pena no se abandona al libre arbitrio judicial, pues dicha tarea debe respetar los límites legales previamente

⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. El criminalista ante la Constitución. En: AA. VV. *20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estaliso de Aranzadi*. Navarra, Aranzadi, 1999, pág. 383-385, según este autor, la Constitución es una carta fundamental de mínimos esenciales que se complementa con un amplio margen de libertad del legislador para la determinación del ámbito de lo punible. Con lo que, al parecer, quiere señalar que más que límites “jurídicos” susceptibles de ser sometidos al control del Tribunal Constitucional, los principios constitucionales constituyen límites “políticos” que deben ser sometidos ante la sede natural de una democracia parlamentaria: el Parlamento.

⁷ Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. Aplicación y determinación de la pena. En: GRACIA/ BOLDOVA/ ALASTUEY. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pág. 220, quien señala: “... la ley, al prevenir un hecho sancionable como delito, es fruto de un proceso de abstracción y no puede tener en cuenta todos los datos particulares del hecho y de su autor (circunstancias de tiempo, lugar, medios utilizados, características personales de la persona responsable, etc.) de los que el Juez va a disponer para enjuiciar un caso concreto.”

establecidos (mínimos, máximos, circunstancias modificativas) así como valorar en el caso concreto los factores propuestos por el legislador para la dosificación de la pena (naturaleza de la acción, medios empleados, importancia de los deberes infringidos, extensión de los daños, etc.). Y para redundar en la complejidad de la determinación judicial de la pena, el órgano jurisdiccional deberá atender, como señala Prado Saldarriaga, a la función preventiva de la pena y a las exigencias de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.⁸ Habrá menos margen de discrecionalidad, pero también menos ámbito para la arbitrariedad.⁹

Lógicamente, en tanto se cumpla con el deber de motivación de las sentencias, las cotas de arbitrariedad serán mínimas. En efecto, la existencia del derecho de recurrir una sentencia en el extremo que fija la naturaleza y extensión de la pena —que es lo que ahora nos interesa—, lleva aparejada la obligación del juzgador de explicitar las razones que lo conducen a imponerla.

III. El pasado criminal como factor de agravación de la pena

El Derecho Penal, como se sabe, se estructura sobre la base de comportamientos previstos como delito por el legislador. Se juzga, pues, conductas humanas, no formas de ser, por más desviadas que éstas sean. Un comportamiento es penalmente relevante, como mínimo, cuando lesiona o pone en peligro bienes jurídicos dignos de protección (principio de lesividad). Cuando ello no ocurre, toda intromisión del Estado que suponga una privación de la libertad individual será ilegítima. El Derecho penal de nuestro tiempo, de este modo, es un Derecho penal de acto, no de autor; significando con ello que la potestad punitiva del Estado se encamina a la determinación, persecución y sanción de conductas criminales y no de estados peligrosos.

Ciertamente, la reincidencia y habitualidad no fundamentan por sí mismas la intervención penal del Estado, pues ésta se produce a partir de la realización de un comportamiento penalmente relevante. No obstante, la justificación de la reincidencia y habitualidad como circunstancias de agravación genérica reproduce un discurso de inocultable tinte peligrorista y que sería más afín con un concepto retributivo de la pena.

En mi opinión, el pasado criminal del agente no tiene la virtualidad de agravar el injusto y, por tanto, no debería constituir en sí mismo un motivo de agravación de la pena por encima del máximo previsto para cada delito. Como bien dice Zaffaroni: la prisión deteriora física y psicológicamente al condenado, sumiéndolo en un mayor estado de vulnerabilidad; con lo cual, si el efecto más trascendente de la prisionización es la reincidencia, el Estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar.¹⁰ El legislador y el Tribunal Constitucional, como ya sabemos, son de otro pensar.

⁸ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Lima, Gaceta Jurídica, 2000, pág. 100.

⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Trotta, 2006, pág. 539.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et. al. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, EDIAR, 2005, pág. 769-770. Claro que esto será válido para aquellos que hayan sido sometidos a una pena privativa de libertad de manera efectiva. De cualquier modo, es una quimera pensar que el Estado pueda facilitar las condiciones materiales para que los condenados —pasen o no por un centro penitenciario— puedan llevar una vida sin delito.

1) Principio *ne bis in idem*

Como se sabe, y conforme a lo sostenido por el propio Tribunal Constitucional, el principio *ne bis in idem* admite una doble configuración. La primera, de carácter material, por la cual se proscribe la doble sanción con respecto a un mismo hecho. La segunda, de orden procesal, y en cuya virtud se prohíbe la persecución penal múltiple. En la demanda de inconstitucionalidad que motiva este artículo, lo que está en discusión es la vulneración de este principio en el aspecto material.

El Tribunal considera que no se afecta el principio *ne bis in idem* en tanto el acto delictivo reincidente no es objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Es decir, el delito anterior sólo se toma en cuenta para la graduación de la pena de un acto delictivo distinto (fundamento 24).

Claro que si en estricto no estamos ante una doble sanción por un mismo hecho, sí estamos, como señala Reátegui Sánchez, ante una *doble valoración*,¹¹ lo que también importa una afectación del principio *ne bis in idem* en sentido material. A este respecto, Reyes Echandía considera, al igual que Zaffaroni, que la agravación por reincidencia es inconstitucional, pues se impone realmente en razón de uno o varios delitos que ya fueron objeto de juicio y de sentencia condenatoria.¹²

No obstante, desterrar del ordenamiento jurídico una ley emanada del Congreso de la República, como podrá entenderse, es una decisión que no puede tomarse con ligereza. Y en efecto, las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad,¹³ lo que obliga siempre a buscar una interpretación “razonable”. De este modo, tendrá que tomarse en cuenta que estamos ante una circunstancia agravante de uso potestativo, es decir, que no es de aplicación obligatoria; y pudiendo la reincidencia y habitualidad, en algunos casos, dar nota de las condiciones personales del agente, podría eventualmente servir para modular la pena dentro de los márgenes previstos para cada delito en concreto.

2) Principio de Culpabilidad

La STC dedica los fundamentos 25 a 39 a demostrar que la reincidencia, como agravante genérica, no conculca el principio de culpabilidad. Vincula este principio con el concepto de “*reprobabilidad*”. Considera que aun cuando dicho principio no esté recogido expresamente en la Constitución, su existencia se desprende de otros

¹¹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La garantía del “ne bis in idem” en el ordenamiento jurídico-penal*. Lima, Jurista Editores, 2006, pág. 28.

¹² REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal*. Bogotá, Temis, 2002, pág. 279; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et. al. *Manual de...* pág. 769.

¹³ Según García Belaunde, cuando surge el problema de la constitucionalidad afectada por una ley, debe asumirse *prima facie* que la norma es conforme a la Constitución. Si existe duda razonable en torno a la constitucionalidad, entonces debe operar una presunción a favor de ésta. Tan sólo cuando la inconstitucionalidad sea notoria y palpable y de alcances graves para el ordenamiento jurídico, habrá que optar por ella, vid. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La Constitución y su dinámica*. Lima, Palestra, 2006, pág. 89.

principios sí consagrados, a saber, los de legalidad y proporcionalidad. En cuanto a este último alude al principio de proporcionalidad de las penas, el mismo que “*impone al legislador que, al momento de establecer las penas, éstas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer*”, agregando que es potestad exclusiva del legislador fijar la cuantía de las sanciones penales, gozando, dentro de los límites que establece la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinarlas.

En el fundamento 38, el Tribunal sostiene que la existencia de delitos anteriormente cometidos agrava la reprobabilidad del delito posterior, y la persona que lo ha cometido —esto es, el reincidente— recibirá un nivel de reprobación mucho mayor que la que correspondería si se considerase el delito posterior de modo aislado.

Pues bien, como dice Zugaldía Espinar, el principio de que no hay pena sin culpabilidad no puede desde luego fundamentar la pena estatal, pero sí puede limitar el poder punitivo del Estado en tanto que excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por “presupuesto” la culpabilidad del autor por el hecho o que exceda en su “medida” del límite de la gravedad de la misma.¹⁴ De esta suerte, según este mismo autor, la incidencia del principio de culpabilidad en el sistema de responsabilidad penal se da en dos niveles:

- a. A nivel de presupuestos de la pena, de la que se derivan las siguientes exigencias: i) culpabilidad por el hecho, y no por la forma de ser o conducirse en la vida; ii) proscripción de la responsabilidad objetiva o por el mero resultado, exigencia de dolo o imprudencia; iii) reconocimiento de efectos jurídicos al error de prohibición; iv) sólo puede responder criminalmente quien tenga capacidad de culpabilidad (imputabilidad).
- b. A nivel de individualización de la pena. En este nivel el principio de culpabilidad determina el *quantum* de la pena que es lícito imponer al autor culpable, en el sentido de que las necesidades de prevención no pueden justificar en ningún caso la imposición de una pena que supere la adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho.

Cabe precisar que la culpabilidad, como categoría del delito, atiende sobremanera a la atribuibilidad, en el sentido de que pueda atribuirse el hecho a su autor por ser éste motivable por las normas. Lo que ahora se cuestiona es si las circunstancias agravantes de reincidencia y habitualidad vulneran el “principio de culpabilidad” en el nivel de individualización de la pena, es decir, si se llega al extremo de imponer una pena que supere la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho. Lo que también implicaría una vulneración del principio de proporcionalidad, conforme se verá posteriormente.

El Tribunal sostiene que la existencia de delitos anteriores tiene por virtud agravar la reprobabilidad del autor. En esto sí se habrá de hilar fino, pues lo que no se podría admitir es que el concepto de reprobabilidad o reprochabilidad esté imbuido de connotaciones moralizantes: partiendo de la idea del libre albedrío, se reprocharía al autor la maldad de haber optado por el delito, cuando pudo obrar de otro modo. Desde

¹⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. El principio de culpabilidad en las reformas penales. En: AA. VV. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pág. 1094-1095.

luego, esta no parece ser la intención del Tribunal. Por lo demás, como señala Hurtado Pozo: “*Determinar la culpabilidad mediante un juicio de reproche no significa que se confunda con un juicio de desaprobación moral*”.¹⁵

Cabe precisar que la reincidencia ya había sido considerada por nuestros tribunales como un factor de individualización de la pena, en especial, para determinar las condiciones personales del agente. En efecto, una Ejecutoria Suprema dejó establecido que: “*Para la imposición de la pena al referido acusado debe tenerse en cuenta sus condiciones personales... debe tenerse en cuenta que el acusado registra antecedentes penales por ilícitos de la misma naturaleza... que no obstante haberse proscrito la figura jurídica de la reincidencia, permite conocer la personalidad y tendencia del acusado*”.¹⁶

En este caso, por lo menos, la reincidencia es utilizada como un criterio de dosificación de la pena dentro de los márgenes establecidos por el legislador para cada delito en concreto, mientras que con la Ley 28726 dicha institución constituye propiamente una circunstancia agravante que permite imponer una pena más allá del máximo previamente determinado. Ahora bien, 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 circunstancia atenuante.

Ya adelanté mi opinión en cuanto a que el pasado criminal del agente no debería constituir en sí mismo un motivo de agravación de la pena por encima del máximo previsto para cada delito, pues más allá de no suponer un mayor grado de culpabilidad del autor por el hecho, se trata de circunstancias —la reincidencia y habitualidad— que no siempre deben cargarse sobre los hombros del procesado, ya que las mismas pueden ser producto de la desocialización de las prisiones, del especial estado de vulnerabilidad o desamparo del agente sin que el Estado haya podido hacer algo para remitirlo, etc. Con todo, es el legislador el competente para valorar estas circunstancias en abstracto y plasmarlas como agravantes en la ley, correspondiendo al Juzgador desdeñar su aplicación —al menos como factor de agravación por encima del máximo legal— atendiendo a su inconveniencia político-criminal, a la vulneración del principio de culpabilidad —aunque el Tribunal opine lo contrario— y, al fin y al cabo, a que dicha institución es de uso potestativo, mas no obligatorio.

3) Afectación del principio de proporcionalidad

Cuando la Ley 28726 incorpora las agravantes por reincidencia y habitualidad, el legislador vio por conveniente —días después y en virtud del artículo 1 de la Ley 28730— modificar el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

¹⁵ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General. I.* Lima, Grijley, 2005, 3° ed., pág. 605; cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General.* Lima, Gaceta Jurídica, 2004, pág. 390 y 411, para quien la culpabilidad no sólo ha de ser una imputación o atribución, sino que tiene que ser además un reproche al autor por haber cometido el delito, agregando que sin reproche no hay pena y que dicha reprochabilidad tiene contenido normativo, no ético ni moral.

¹⁶ Ejecutoria Suprema de 23/06/92. ROJASI, Carmen. *Ejecutorias Supremas Penales.* Lima, Legrima, 1997, pág. 107.

Consecuentemente, al precepto de que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, se acompaña una excepción: *Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito.*

No obstante, el Tribunal Constitucional considera que no se infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición de exceso, pues no se afecta los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (fundamentos 42 a 47).

En cuanto a la necesidad, el Tribunal estima en el fundamento 44: “la inexistencia de otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura penal de la reincidencia y habitualidad en el delito, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas —reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad— como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger”.

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

El Tribunal Constitucional llega al extremo de mencionar el delito de Terrorismo (fundamento 45) para argumentar la observancia del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: “*Y es que así como el Estado constitucional de Derecho tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros*”. El Tribunal se expresa como si las nuevas agravantes sólo estuvieran pensadas para delitos de máxima gravedad, lo cual, como bien sabemos, no es así.

Si estos dos factores de agravación son idóneos para garantizar una mayor seguridad de las personas y promover el bienestar general es algo difícil de afirmar, salvo para el Tribunal Constitucional, claro está. Como no hablamos de reclusión perpetua ni otras medidas de incoincisión, es una cuestión de tiempo que el reincidente o habitual salga en libertad, generalmente, con mayores problemas de desocialización. Y que la ejecución de la pena no cumpla los fines constitucionales que nos recuerda el Tribunal —reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad—, ¿es algo que tenga que achacarse por entero al condenado? El legislador y el Tribunal consideran que sí, pues de otro modo no se entiende cómo pueden avalar estas figuras como agravantes genéricas del delito.

Para el Tribunal, la proporcionalidad en sentido estricto “*implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal*” (fundamento 45). Lo que supone que una intervención en un derecho

fundamental debe superar el juicio de proporcionalidad, que implica una ponderación entre los efectos positivos que se busca realizar y los efectos negativos que se trata de aminorar.¹⁷

No obstante, este juicio de proporcionalidad se encamina a valorar la limitación o restricción de un derecho fundamental desde el punto de vista de su conformidad con la Constitución, sin que sirva, necesariamente, como criterio rector para la cuantificación de una sanción. En otras palabras, no se trata de la formulación del principio de proporcionalidad de la pena. Y es que, como señala Castillo Alva, este principio del Derecho Penal —que supone una correspondencia valorativa entre delito y pena— no ha sido reconocido expresamente por la Constitución.¹⁸ La proporcionalidad prevista por el último párrafo del artículo 200 —y a la que alude el Tribunal Constitucional— constituye, pues, un baremo para establecer la razonabilidad de la restricción o suspensión de un derecho fundamental, mas no un criterio de cuantificación o determinación de la pena.

Que la mayor culpabilidad se funde en la obstinación del acusado en vulnerar bienes jurídicos a pesar de haber sido ya advertido de las consecuencias de cometer un delito —según postulan los autores que quieren encontrar algún fundamento a estas agravantes—, es algo cuestionable. Pues si, en algún caso, la reincidencia y la habitualidad pueden mostrar rebeldía y desprecio al bien jurídico protegido, también pueden revelar, en otros, a un agente con dificultades para vencer una determinada inclinación al delito —caso en el que resultaría más oportuna una medida de tratamiento terapéutico— o para cambiar o superar las condiciones materiales y de especial vulnerabilidad que motivaron el comportamiento delictivo. Con lo cual, cabría afirmar, más bien, una menor culpabilidad en tanto se carece de los suficientes frenos para formar una voluntad conforme a derecho,¹⁹ en otras palabras, se estaría frente a un individuo poco accesible al mandato normativo.

En doctrina hay voces de apoyo a la constitucionalidad de la reincidencia, como la del Profesor Cerezo Mir, quien a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional español antes mencionada —que desestimó una cuestión de inconstitucionalidad de dicha agravante— consideró: “*El criterio es correcto, pues, a mi juicio, la culpabilidad es, generalmente, mayor en el nuevo hecho delictivo realizado, al menos en la reincidencia específica.*”²⁰ Opinión que, como ya se puede intuir, no compartimos.

¹⁷ LANDA ARROYO, César. Interpretación constitucional y derecho penal. En: AA. VV. *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal 2005*. José Hurtado Pozo (dir.). Lima, PUCP y Universidad de Friburgo, 2006, pág. 91.

¹⁸ CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, pág. 293-294, señala que ni siquiera el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal reconoce en toda su extensión este principio, ya que lo que reconoce, más bien, es la prohibición de exceso, uno de los principales derivados del principio de proporcionalidad.

¹⁹ Sobre este punto, vid. ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires, AD-HOC, 1996, pág. 157.

²⁰ CEREZO MIR, José. *Obras completas. Derecho Penal. Parte General*. Lima, Ara Editores, 2006, pág. 1025-1026 y 1032. Este autor distingue entre reincidencia genérica y reincidencia específica. La primera alude a aquellos casos en los que el delito posterior es de distinta naturaleza a aquel o aquellos por los que fue anteriormente condenado. La reincidencia específica, por el contrario, se da cuando el nuevo delito cometido es idéntico o análogo a aquel por el que el sujeto fue condenado anteriormente.

Estimamos que estas figuras agravadas contravienen principios básicos del Derecho Penal.²¹

Sin embargo, teniendo en cuenta que la doctrina no se muestra unánime, y considerando, como se dijo anteriormente, que las leyes gozan de la presunción de constitucionalidad, entendemos, muy a nuestro pesar, que las agravantes por reincidencia y habitualidad si bien colisionan con principios dogmáticos y político-criminales del Derecho Penal, no son necesariamente inconstitucionales. La ley 28726, en este y otros extremos, podrá ser inútil, deficiente e innecesariamente dura, pero eso es algo de lo que tiene que responder el legislador. Es de prever, pues, que sigan promulgándose normas huérfanas de toda utilidad, leyes simbólicas o demagógicas; normas que, como bien señala García-Pablos de Molina, sólo reflejan *la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones*, mas no *la convicción y la energía necesarias para abordar los problemas sociales*.²²

IV. A modo de conclusión

No nos cansaremos de repetir: la pena, como la herramienta de coacción más poderosa de que dispone el Estado, no puede constituir el arma predilecta o el punto de partida de la acción política. Una sociedad que se constituye en un Estado social y democrático de Derecho no puede sentar sus bases en el terror, en la intimidación de sus ciudadanos o en la amenaza. El diseño constitucional del Estado no casa con un endurecimiento irracional del sistema penal. La arbitrariedad no sólo rompe el equilibrio entre seguridad pública y garantías individuales, sino que destruye por entero la esencia misma del Derecho Penal, convirtiéndolo en simple mecanismo de violencia y represión. Seguir promulgando normas carentes de toda utilidad no conduce a nada. A nada bueno, por lo menos.

Como en *El Gatopardo* de Lampedusa, las cosas se cambian para que sigan igual. Los problemas de seguridad ciudadana seguirán siendo los mismos, los establecimientos penitenciarios continuarán siendo insuficientes, el Poder Ejecutivo seguirá siendo mezquino con el presupuesto destinado a los sectores comprometidos en la lucha contra el delito. Pero claro, se podrá modificar cuantas veces se quiera el Código Penal; se anunciará en conferencia de prensa el incremento de las penas, nuevos delitos, la enésima reforma o reestructura del sistema de justicia, la creación de comités u oficinas especializadas; se dictarán seminarios, se escribirán artículos, se alzarán voces críticas. Y después de tantas palabras...

En la presentación de la *Campaña de Solidaridad 2000 – Compartir: “Estuve preso y me atendiste”*, de la Comisión Episcopal de Acción Social, el Mons. Miguel Irizar decía: “*Nuestra motivación tiene que partir desde la fe: Buscamos la rehabilitación de las personas encarceladas no porque la merecen más que los demás, sino porque la necesitan más*”. La rehabilitación, de este modo, debe constituir una aspiración, un

²¹ En el mismo sentido, vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et. al. *Manual...* ob. cit. pág. 769; REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho...* ob. cit., pág. 279; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La garantía...* ob. cit., pág. 28-30.

²² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “Ius Puniendi”. En: AA. VV. *Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. González Rus (coord.). Córdoba, 1996, pág. 251-252.

norte, y a ello se opone frontalmente medidas que justamente tienen el efecto contrario, pues prolongan el paso del condenado por un centro que lo único que garantiza es la desocialización y el encierro momentáneo o prolongado de un ser humano.