

**LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD EN LA SENTENCIA N° 0014-2006-PI-TC., EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. ¿Decisión correcta?**

**Por:**

David Fernando Panta Cueva\*

## **I.- INTRODUCCIÓN**

Las figuras de la reincidencia<sup>1</sup> y habitualidad si bien es cierto fueron acogidas por el Código Penal de 1924<sup>2</sup>, sin embargo, las mismas fueron proscritas por el mismo cuerpo normativo de 1991, el cual en su exposición de motivos señaló que “La Comisión Revisora estima que carece de lógica y humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad...”. Asimismo, se señaló que “...conlleva una vulneración del principio *non bis in idem*...”. Sin embargo, la aparición de estas figuras se produjo a raíz de la dación de la Ley N° 28726, publicada en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 09.05.2006, donde la reincidencia (Art., 46-B del C.P) y la habitualidad (Art., 46-C del C.P) pasan a constituir circunstancias agravantes y que deben ser valoradas por el Juzgador –de manera facultativa- al momento de emitir sentencia. Asimismo de acuerdo con la Ley de la referencia, estas figuras inciden directamente en los artículos 48, 55, 440 y 444 del C.P.

Mucho se discutió sobre la constitucionalidad de estas figuras, al extremo que el Decano del Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, interpuso ante nuestro Tribunal Constitucional (TC) una demanda de inconstitucionalidad, la misma que hace unas semanas atrás fue resuelta por este colegiado.

Una vez más el tema de la reincidencia y habitualidad cobra vigencia, a raíz del fallo emitido por este colegiado, con fecha 19 de Enero de 2007, donde el mismo realizando una interpretación constitucional a la esencia de estas figuras, ha arribado a la conclusión

---

\* Abogado egresado por la Universidad Nacional de Trujillo. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad César Vallejo - Filial Piura. Apoderado de la Oficina de Normalización Previsional – Piura. Abogado en ejercicio en asuntos penales.

<sup>1</sup> Debemos señalar que en dogmática la reincidencia se divide en reincidencia general y específica. La primera se presenta cuando el agente comete un hecho punible por segunda vez, pero el delito es de naturaleza diferente que el primero; mientras que la segunda sub clasificación se presenta cuando el agente comete un delito por segunda vez, pero este otro hecho punible es de distinta naturaleza que el primero.

<sup>2</sup> “El artículo 111° de este Código señalaba que era **reincidente** quien después de haber sufrido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad, incurría, antes de pasar 5 años, en otro delito reprimido también con pena privativa de la libertad. Para los reincidentes se les aplicaba una pena no menor que la máxima correspondiente al delito. Por otro lado, de conformidad con el artículo 113° incurrían en **habitualidad** los que cometían delito reprimidos con penas privativas de la libertad después de haber sufrido dos condenas del mismo género de pena, o los que cometieran delito reprimido con cárcel después de haber sufrido otra condena a la misma clase de pena. Estas personas eran relegadas en una colonia penal por tiempo relativamente indeterminado no menor que el máximo correspondiente al delito, ni mayor que la mitad sobre éste”. En: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (consultado Marzo 03 de 2008). Cursivas, negritas y subrayado en el original.

que las mismas no vulneran el principio *ne bis in idem*, principio de culpabilidad y proporcionalidad de la pena.

En el presente trabajo, se analizarán estas figuras, efectuando una minuciosa comparación con los principios presuntamente vulnerados, haciendo una confrontación con lo sostenido por los magistrados del TC en sus principales considerandos, hasta arribar a una toma de postura, sobre si la decisión de este colegiado ha sido correcta o en su defecto, si la misma presenta un problema de fondo, relacionado a una defectuosa interpretación académica.

## **II.- ANTECEDENTES NORMATIVOS COMPARATIVOS EN LATINOAMERICA DE LA REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD**

Siempre es habitual que las figuras que aparecen consagradas en un cuerpo normativo y que ven la luz por primera vez, tienen un antecedente extranjero. Así, las figuras de la reincidencia y habitualidad no son la excepción a esta regla general.

Estas figuras mayormente han sido desarrolladas en países latinos como México y Argentina, donde las mismas tienen una vigencia considerable en sus códigos penales, tal es el caso de México, donde estas figuras se encuentran contempladas en el artículo 20 y 21 del Código Penal Federal mexicano. Así tenemos:

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

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

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

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

Artículo 23. No se aplicarán los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente”<sup>3</sup>.

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

---

<sup>3</sup> Legislación Federal Mexicana. Tomado de <http://info4.juridicas.unam.mx> (consultado Marzo 03 de 2008).

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

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

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

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

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

#### “Capítulo XIII

##### Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo

Artículo 277. (Texto conforme ley 25815)

3. La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:

- o (...)
- o c) El autor se dedicare con **habitualidad** a la comisión de hechos de encubrimiento.
- o (...)

Artículo 278.- 1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí;  
(...)

b) El mínimo de la escala penal será de cinco (5) años de prisión, cuando el autor realizare el hecho con **habitualidad** o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza”<sup>4</sup>.

Como se puede advertir estas figuras –sobre todo la reincidencia- tienen acogida en las legislaciones antes señaladas, de las cuales el legislador peruano posiblemente las extrajo, a fin de incluirlas en nuestro C.P mediante Ley 28726.

### III.- NACIMIENTO DE LA LEY 28726 A PARTIR DE LOS PROYECTOS DE LEY 5650-2003 Y 8544-03. PRINCIPALES CONSIDERANDOS.

El primero de los nombrados obedece a la iniciativa legislativa, que tuvo el grupo parlamentario Unión Parlamentaria Descentralista, al mando del congresista Mera Ramírez Jorge, el cual fue presentado con fecha 19.02.2003<sup>5</sup>. Entre sus principales considerandos se sostuvo que “Que, en la actualidad la delincuencia se ha incrementado y con mucho mas ferocidad, sin embargo la sociedad, se encuentra desprotegida por nuestro ordenamiento legal es tan débil frente a los reincidentes y habituales que para estos reincidentes es su modus vivendi (modo de vida) y que justamente saben perfectamente que no se toma en cuenta su reincidencia y habitualidad, que no estamos juzgándolo por el delito cometido anteriormente, sino que para poder aplicarle la pena mas severa se toma en cuenta su reincidencia y habitualidad, ya que con la anterior pena no se ha logrado el objetivo, considerando que en nuestro **Código Penal** vigente la **PENA** no es un castigo sino que tiene por finalidad, la función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación estipulado en el **Artículo IX** del **Código Penal** vigente, por lo que con la finalidad de conseguir el objetivo de la pena debe tenerse en cuenta la anterior condena aplicándosele una, con mayor severidad a fin de poder llegar al objetivo de resocializarlo entre otros”<sup>6</sup>. Además, se añadió que “Considerando que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora y que no se esta imponiendo una pena al infractor reincidente evaluando sus hechos delictivos de los cuales ya ha sido materia de una sentencia condenatoria, sino que debe lograrse el objetivo de la función de la pena y entre ellas es la **RESOCIALIZACION** que al haber impuesto una pena y este reincide, debe tenerse en consideración a efectos de una nueva sentencia aplicándole una pena mas severa a fin de que se logre el objetivo la pena, por lo que mal, se puede creer, que se trata de un juzgamiento sobre un hecho que ya fue materia de una sentencia anterior, que tan solo se tomara en cuenta la reincidencia y habitualidad para imponer una pena mas severa”<sup>7</sup>.

Asimismo, con fecha 13.10.2003, el grupo parlamentario de Unidad Nacional, al mando del congresista Valencia-Dongo Cárdenas Rafael, presentó el segundo proyecto de ley, siendo el común denominador de ambos, incorporar la figura de la reincidencia y

<sup>4</sup> Código Penal de la República Argentina. Tomado de <http://www.jusneuquen.gov.ar> (consultado Febrero 03 de 2008).

<sup>5</sup> Vide., Proyecto de Ley 5650-2003. El cual puede ser visualizado en <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (consultado Febrero 03 de 2008).

<sup>6</sup> *Ibíd.* Negritas y mayúsculas en el original.

<sup>7</sup> *Ibíd.* Negritas y mayúsculas en el original.

habitualidad al Código Penal. Sus argumentos centrales se ciñeron en que <(…) frente a estos argumentos, podemos afirmar que por el contrario, la experiencia en estos más de 10 años de vigencia del Código Penal ha demostrado que la benignidad o poca drasticidad de las penas impuestas han fomentado e incrementado la reincidencia y habitualidad en la comisión de ilícitos penales; estas penas no han servido para reducir la ola delincencial que vive el país y que se ha visto agudizada por la terrible situación económica que atraviesa el país, lo cual tampoco puede convertirse en una justificación para la comisión de delitos y faltas. La población viene percibiendo que frente a la comisión de delitos y faltas tan solo cabe la impunidad de los agresores, lo que crea un ambiente de inseguridad y zozobra muy peligroso para el país. Y esta impunidad es conocida por los delincuentes, quienes “irónicamente” se sienten protegidos por el funcionamiento de nuestro “sistema jurídico penal”; saben que no van a llegar a la cárcel o de hacerlo podrán salir en muchos menos años que los fijados en su sentencia; saben que no podrán permanecer por más de 24 horas en la comisaría, porque si no estarían violando sus derechos. Tan mal esta funcionando el “sistema” que ya el ex Ministro de Justicia Doctor Carlos Blancas ha señalado que la despenalización, no ha dado resultados porque *“es un ir y venir de presos que se liberan a través de beneficios penitenciarios pero regresan por reincidencia”* y haciendo un análisis de la situación creada se aprecia que esta problemática redundante y satura al poder judicial con la formalización de nuevas denuncias y procesos contra estos mismos delincuentes que fueron puestos en libertad, originando además un aumento en el gasto público. Las estadísticas indican que cada juez penal está recibiendo un promedio de 20 nuevos procesos y en cada proceso hay dos o tres detenidos, lo cual multiplicado por 20 procesos mensuales de cada juez nos lleva a 2,400 nuevos procesos por año. El promedio de reos por proceso los lleva a calcular más o menos 7,200 nuevos internos por año, sólo en Lima. Es decir, podemos claramente advertir que si el delincuente entra y sale de la cárcel como “Pedro en su casa”, es que el “sistema” no funciona, lo que evidencia que el principio de que la pena tiene una función PREVENTIVA, protectora y resocializadora, no es cierta. Sería preventiva, protectora y resocializadora si es que el interno luego de salir de la cárcel iniciara una vida ejemplar, tal vez modesta pero honesta, pero esta no es la realidad que se evidencia en el país, es todo lo contrario, una vez que se sale de la cárcel se delinque nuevamente, convirtiéndose en un círculo vicioso, que si no se le pone un alto, será mucho más perjudicial para el propio desarrollo del país. Es por estas razones que consideramos necesario que se incorpore las figuras de la reincidencia y la habitualidad en el Código Penal como una forma de reprimir más drásticamente a las personas que no quieren reintegrarse a la sociedad. Esto no quiere decir que desconozcamos sus derechos, o signifique una violación de sus derechos humanos, por el contrario busca garantizar el pleno respeto de los derechos de la sociedad en su conjunto, y busca convertirse en una medida de disuasión y por ende preventiva de la comisión de delitos. Si uno quiere delinquir una vez más, pues bien que sepa que esta conducta tiene una consecuencia: UN CASTIGO ALGO MÁS DRASTRICO, y lamentablemente esto es lo que se necesita en una realidad como la nuestra<sup>8</sup>.

#### **IV.- LA REINCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995 Y EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA**

---

<sup>8</sup> Vide., Proyecto de Ley 8544-2003. El cual puede ser visualizado en <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (consultado Marzo 03 de 2008). Cursivas, comillas y mayúsculas en el original.

El Código Penal español de 1995 presenta la siguiente redacción en relación a la reincidencia:

"CAPITULO IV.- DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE AGRAVAN LA  
RESPONSABILIDAD CRIMINAL

**Artículo 22.**

Son circunstancias agravantes:

(...)

8.ª Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo".

La doctrina mayoritaria española, se ha mostrado contraria a mantener la figura de la reincidencia<sup>9</sup> como agravante en su Código Penal, tal es así que autores como RODRIGUEZ MOURULLO, QUINTERO OLIVARES, MIR PUIG, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, BUSTOS RAMÍREZ, GARZÓN REAL y MANJÓN CABEZA, GONZÁLEZ-CUELLAR, ZUGALDÍA ESPINAR, ASÚA BATARRITA, SERRANO MAÍLLO, PRATS CANUT, CALDERÓN CEREZO y CHOCLAN MONTALVO y el profesor GONZÁLEZ-CUELLAR<sup>10</sup>, son de aquellos que propugnan en sus obras jurídicas la abolición de estas figuras como agravantes. Por el contrario, quienes se han mostrado a favor de esta figura son profesores como CEREZO MIR, SERRANO GÓMEZ, JAEN VALLEJO, MANZANARES SAMANIEGO, MARTÍNEZ DE ZAMORA y ROMEO CASABONA<sup>11</sup>.

El común denominador de las posturas en contra de esta figura, radican en que agravar la pena, por la reincidencia del autor se torna contraria a un Derecho penal garantista, máxime de la inoperatividad de esta figura para el logro de los fines de pena, siendo parte de una política criminal totalitaria. En ese sentido, se aconseja la previsión de un tratamiento preventivo. Por el contrario, quienes abogan por su permanencia encuentran justificación en la gravedad de la culpabilidad<sup>12</sup>.

## V.- LA REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD EN LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 5.1.- La reincidencia y el principio del *ne bis in idem*

Nuestro supremo intérprete señala lo siguiente

"En la referida sentencia se sostuvo que el principio *ne bis in idem* ostenta una doble configuración: una de

<sup>9</sup> Debemos hacer hincapié que en el Código Penal de 1995 de España, no existe la figura de la habitualidad.

<sup>10</sup> Citados por BELESTÁ SEGURA, Luis, "La reincidencia en la doctrina española actual". En: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200010-00000004.html> (consultado Marzo 03 de 2008).

<sup>11</sup> Citados por BELESTÁ SEGURA, Luis, "La reincidencia en la doctrina española actual", *ob., cit.*

<sup>12</sup> Aquí también debemos mencionar que el Tribunal Constitucional español, declaró Constitucional la figura de la reincidencia.

carácter material y otra de carácter sustantivo. La primera de ellas alude a la proscripción de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones respecto a un mismo hecho o conducta sancionable; mientras que la segunda alude a la prohibición de que se una persona sea objeto de dos procesos distintos respecto a un mismo hecho. Siendo que la reincidencia prevé la posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, corresponde centrar la atención en la primera configuración del principio materia de este apartado; esto es, la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho (...)"<sup>13 14</sup>.

Termina señalando:

"El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración- no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento- no es tampoco 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. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in idem*"<sup>15</sup>.

Con este razonamiento el colegiado sostiene que entre el primer delito cometido y el segundo hecho punible no existe una duplicidad de pena, sino por el contrario, el segundo delito a parte de valorar el tipo cometido en sí, agrava en virtud del *antecedente*<sup>16</sup> de haber cometido uno anterior.

<sup>13</sup> Fundamento 20 de la Sentencia 00014-2006-PI/TC.

<sup>14</sup> Sobre el principio del *ne bis in idem*, vide., **RUEDA BORRERO**, Alex Michael, "El *ne bis in idem* y el carácter de cosa juzgada en las resoluciones en materia penal", en Actualidad Jurídica, T-169, Diciembre 2007, págs., 156-159.

<sup>15</sup> Fundamento 24 de la Sentencia 00014-2006-PI/TC.

<sup>16</sup> Aunque este modo de proceder siempre es usado por inercia por los Jueces o Salas Penales, cuando dentro de un proceso ofician a fin de verificar si el inculpado presenta o no antecedentes penales. Sin embargo concuerdo con ORÉ SOSA, el mismo que señala que ello obedece a un criterio de dosificación de la pena y no a un criterio con el que establece la Ley 28726. Vide., **ORÉ SOSA**, Eduardo A., "El pasado criminal como factor como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 0014-2006-PI/TC" en [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/20\\_marzo\\_2008/habitualidad\\_y\\_reincidencia.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/20_marzo_2008/habitualidad_y_reincidencia.pdf), pág., 08. Asimismo muy importante lo que dice este autor cuando anota "Ahora bien, si una condena previa denota una

Dicho razonamiento no lo comparto, puesto que “(...) se da una ultraactividad de las consecuencias del delito (...)”<sup>17</sup>, vale decir, el criterio de la reincidencia en nada se condice con una determinada agravante de un tipo penal, ello porque la agravante de un delito lleva ínsito el dolo del autor y se desvalora tanto la acción como resultado, pero con un plus más de pena, visto ello, producto de la mayor gravedad del injusto<sup>18</sup>—por ejemplo un robo con el empleo de una arma de fuego o un robo con subsecuente muerte—, mientras que en la reincidencia, no se valora ello; muy por el contrario, aquí lo que interesa es la desvaloración por haber cometido otro delito<sup>19</sup>. En otras palabras en la reincidencia, entre el primer delito cometido y el segundo se da un nexo tan fuerte, que el criterio de valoración gira como si se tratara de un mismo delito, siendo el primero un antecedente del segundo<sup>20</sup>.

---

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”, *ibíd.* Asimismo, la ecuación debería ser: A más delitos cometidos, menor culpabilidad, por ende, se trataría a estas personas con medidas terapéuticas de prevención.

<sup>17</sup> GARZÓN REAL y MANJÓN CABEZA, citado por BELESTÁ SEGURA, *ob., cit.*

<sup>18</sup> Sobre la teoría del injusto *vide.*, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Política Criminal e Injusto. (Política Criminal, Bien Jurídico, Desvalor de acto y de Resultado)”, en “*Derecho Penal Parte General*”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Instituto Peruano de Ciencias Penales, ed., 1ª, edit., Grijley, Lima, Perú, Marzo, 1995; ROXIN, Claus, “Acerca de la Consolidación Político Criminal del Sistema de Derecho Penal” en “*Dogmática Penal y Política Criminal*”, traducción y edición por el profesor Dr., Manuel Abanto Vásquez, ed., 1ª, edit., Idemsa, Agosto, 1998.

<sup>19</sup> En el mismo sentido Gustavo L. VITALE, quien señala “Si al sujeto que se declara “reincidente” se le impone una pena *mayor* a la que corresponde legalmente por el nuevo delito cometido [o se lo perjudica de cualquier manera al ser juzgado por ese nuevo ilícito (por ejemplo impidiéndosele el ejercicio del derecho a la libertad condicional)], como fundamento la circunstancia de haber cometido delitos *antes* de ese juicio previo, se están haciendo renacer los delitos ya juzgados, valorándolos para incrementar la pena impuesta por otros hechos independientes cometidos en una época posterior. Se está volviendo a “sancionar” al individuo por aquellos ilícitos anteriores. Hay una *múltiple valoración* de la comisión de delitos anteriores, violatoria del componente material del principio aquí enunciado. *Vide.*, VITALE, Gustavo L., “*Inconstitucionalidad de la Reincidencia: Dos fallos ejemplares*”, en [www.pensamientopenal.com.ar/09reincidencias.doc](http://www.pensamientopenal.com.ar/09reincidencias.doc), pág., 24. Corchetes, paréntesis y cursivas en el original. (consultado Marzo 04 de 2008). Añade el autor <(...) Las consecuencias de un delito ya juzgado no pueden resucitar en la vida de una persona, pues ello constituiría un impedimento para el logro del fin de “reintegración social” de la respuesta punitiva, significando un modo de hacer presente el estigma de la condena anterior, configurativo de un trato cruel, inhumano y degradante, contrario al principio de humanidad de las penas (...)>. *Vide.*, VITALE, Gustavo L., “*Inconstitucionalidad de la Reincidencia: Dos fallos ejemplares*”, *ob., cit.*, pág., 24. Asimismo, el profesor ZAFFARONI nos dice “Estos argumentos han determinado que en la legislación comparada haya un movimiento que postula la supresión de toda referencia agravante en razón de la reincidencia, una de cuyas manifestaciones en América Latina es el CP de Colombia de 1980, que suprimió el instituto”. *Vide.*, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, T.I, ed., 1ª, edit., Ediciones Jurídicas, Lima, Perú, 1998, pág., 898. Asimismo, debemos señalar que el CP alemán (*StGb*) también eliminó de su catálogo esta figura.

<sup>20</sup> En el mismo sentido James REÁTEGUI señala que si bien es cierto no hay una doble imposición de pena, sí existe una doble valoración. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Cfr.*, ORÉ SOSA, Eduardo A., “*El pasado criminal como factor como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 0014-2006-PI/TC*”, *ob., cit.*, pág., 06. (consultado Marzo 04 de 2008).



De lo dicho soy del parecer que el primer hecho punible no puede generar consecuencias posteriores - ultractivas y que afecten a la nueva valoración del segundo delito; por ende, considero un absurdo la interpretación literal del TC de que en estos casos no existe vulneración alguna al principio en comento.

Finalmente, considero que la interpretación que hace el tribunal constitucional a la figura del *ne bis in idem*, es desde mi óptica una interpretación deficiente, pues sólo se limita a darle un sentido literal de la figura como lo que es en sí, vale decir, que solo analiza si se produce o no una duplicidad de condena (*ne bis in idem* material) o si se produce una doble persecución (*ne bis in idem* procesal). Esta forma de valorar un principio –creo yo- no es acorde con un Estado democrático de Derecho –sobre todo porque quien la efectúa es el supremo intérprete de la constitución-, pues una figura como esta debe tener una interpretación teleológica, buscando sus fines y esencia, y precisamente una forma de entender esta figura –muy aparte de cómo la comprende el TC- es el hecho que ante un primer hecho condenado, este no tiene ni porque generar consecuencias ultractivas, hacia una segunda valoración de otro hecho punible, sea en el tiempo que fuere su perpetración.

## 5.2.- La reincidencia y el principio de culpabilidad

Manifiesta lo siguiente nuestro TC:

“Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. Pero esto no puede llevar a identificar o confundir una con otra, pues de lo contrario se estaría entrando al terreno del principio *ne bis in idem*, que se refiere al tema de la sanción. La reprobación es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la pena es un acto estatal sancionatorio”<sup>21</sup>.

Termina esbozando:

“Ha sido señalado que la reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado. El principio de

---

<sup>21</sup> Fundamento 27 de la Sentencia 00014-2006-PI/TC.

culpabilidad clásico previsto para delitos comunes exige que el grado de reprobación de una persona por un acto ilícito sea configurado desde la valoración de tal acto y no de otro. En virtud de este principio, el límite para saber qué conductas deben evaluarse y cuáles no, lo establece el propio tipo penal que subsuma la conducta. Esto acarrea la proscripción de evaluar circunstancias ajenas a la conducta descrita en el tipo penal, como podrían ser otros delitos anteriormente perpetrados”<sup>22</sup>.

“Pero el principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito “A”, la figura de la reincidencia faculta al juez para evaluar otros delitos anteriormente cometidos, a los que llamaremos “B”, para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe “B”, esto constituirá un elemento que agravará la reprobabilidad del delito “A”, y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel una reprobación mucho mayor que la que le correspondería si se considerase el delito “A” de modo aislado”<sup>23</sup>.

“Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2º, inciso 24, literal “f”, 37º, 140º y 173º de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N° 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional”<sup>24</sup>.

Considero que para dar hacer un análisis integral de este apartado, debemos entender qué es el principio de culpabilidad. Al respecto el profesor de la Universidad de Munich, Claus ROXIN, en un interesante artículo titulado “*El principio de culpabilidad y sus cambios*”, esboza –refiriéndose a este principio- algo que es consecuente con sus posturas funcionalistas moderadas y que las mismas le dan un matiz diferente a este principio; dice el profesor ROXIN “La teoría penal de la culpabilidad debe ser independiente de la realidad de voluntad, pues ésta no puede ser probada”<sup>25</sup>. Lo que

---

<sup>22</sup> Fundamento 37 de la Sentencia 00014-2006-PI/TC.

<sup>23</sup> Fundamento 38 de la Sentencia 00014-2006-PI/TC.

<sup>24</sup> Fundamento 39 de la Sentencia 00014-2006-PI/TC.

<sup>25</sup> **ROXIN**, Claus, “El Principio de Culpabilidad y sus Cambios”, en “*Dogmática Penal y Política Criminal*”, traducción y edición por el profesor Dr., Manuel Abanto Vásquez, ed., 1ª, edit., Idemsa, Agosto, 1998, págs., 174.

esboza el profesor de Munich es cierto, puesto que precisamente el eje central de su sistema fue precisamente demostrar que el Derecho penal no se construye de manera fenomenológica o naturalística<sup>26</sup> y que la voluntad<sup>27</sup> como eje central del sistema finalista no es posible ser demostrada. Lo que hizo ROXIN es dotar –una vez más después del causalismo valorativo- a la teoría del delito de las antiguas posturas neokantianas<sup>28</sup>.

Importantes son las palabras de ROXIN cuando afirma “Del rechazo a la retribución se deriva que los objetivos del Derecho penal son de naturaleza puramente preventiva (...) Entonces, la culpabilidad nunca exige una pena; solamente su ausencia excluye la pena y su magnitud determina la frontera máxima de la pena”<sup>29 30</sup>.

---

<sup>26</sup> Sobre este tema vide., Al respecto el profesor **ARIAS EIBE**, Manuel J., “*Bases Sociológicas del Funcionalismo Penal Contemporáneo*” <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/arias.pdf>. (consultado Marzo 04 de 2008). Señala “Roxin elabora un nuevo sistema de la teoría del delito caracterizado por sostener que detrás de cada categoría o estructura jurídico-penal, que presenta un carácter normativo o valorativo, existe o subyace una función político-criminal a la que las mismas se deben”. En el mismo sentido En ese sentido **MUÑOZ CONDE**, Francisco, “*Teoría General del Delito*”, ed., 1ª, edit., Temis, Bogotá, Colombia, 1990, p. 43. Precisamente el sistema propuesto por ROXIN trajo consigo no sólo la aparición de un nuevo sistema, sino el nacimiento de la Teoría de la Imputación Objetiva. Al respecto vide., **FELJOO SÁNCHEZ**, Bernardo José, “*Imputación Objetiva en Derecho Penal*”; ed., 1ª; edit., Grijley; Lima – Perú; Enero – 2000; p. 25; **TORIO LÓPEZ**, Ángel, “Naturaleza y Ámbito de la Teoría de la Imputación Objetiva”, en “*Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Derecho Penal Parte General*”, ed., 1ª, edit., Grijley, Lima, Perú, Marzo, 1995, p. 317, quien a través de un ejemplo esgrime que “(...) En un plano prenормativo, puramente teleológico, no habrá duda de que la acción consistente en producir un impacto sobre el cuerpo del peatón es una acción adecuada (peligrosa) para la vida, cuyo peligro se ha materializado efectivamente en el resultado, sobrevenido. El plano teleológico de imputación objetiva está aquí sin duda presente. Esto no prejuzga, sin embargo el enjuiciamiento normativo de la hipótesis. En tanto el conductor se haya mantenido dentro de los límites del riesgo permitido, o haya observado el deber de cuidado, o su acción no discrepe de la cual hubiere realizado un conductor prudente y diligente, la imputación objetiva deberá denegarse”. También vide., **SCHÜNEMANN**, Bernd, “Consideraciones Sobre Imputación Objetiva”, en “*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*”, ed. 1ª, edit. Grijley, Lima, Perú, 2000, p.410., quien claramente ha señalado que “Sin embargo, mientras que el concepto de causalidad y en categoría de finalidad se trataba respectivamente de ámbitos de objetos compactos y claramente definibles ontológicamente, la categoría de la imputación objetiva ha abarcado entretanto cada vez más ámbitos, como un pulpo gigante con innumerables tentáculos”.

<sup>27</sup> Sobre la tesis finalista vide., el interesante artículo del profesor de la Universidad de Zaragoza, **GRACIA MARTIN**, Luis, “*El Finalismo como Método Sintético Real-Normativo para la Construcción de la Teoría del Delito*”, en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>. (consultado Marzo 05 de 2008). Asimismo Sobre el enfoque ontológico del finalismo, oportunas son las palabras de la profesora **LAURENZO COPELLO**, quien afirma “el enfoque ontológico representado, en particular, por la corriente finalista, parte de los datos provenientes del mundo del ser – en concreto, de la estructura de la acción humana -; la perspectiva normativa, en cambio, comienza el razonamiento por considerarlo de orden valorativo”. Vide., **LAURENZO COPELLO**, Patricia, “*Dolo Y Conocimiento*”, ed., 1ª, edit., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 208.

<sup>28</sup> Con el aporte neokantiano y siendo el causalismo valorativo - representado por **MAYER** y **MEZGER** – la corriente que dejó de lado a aquellas concepciones que querían explicar al Derecho desde las ópticas de las ciencias naturales del Causalismo Naturalista, del cual **BELING** era uno de sus máximos exponentes, empieza ya toda una ideología de querer explicar las estructuras del delito en función a los valores.

<sup>29</sup> **ROXIN**, Claus, “El Principio de Culpabilidad y sus Cambios”, en “*Dogmática Penal y Política Criminal*”, *ob., cit.*, pág., 176.

<sup>30</sup> Este principio lo encontramos consagrado en el artículo VII del T.P de nuestro C.P vigente, sin embargo, nuestro C.P usa el término responsabilidad en vez de culpabilidad, lo cual desde nuestro punto de vista y siguiendo las ideas roxinianas es acertado.

Es así que según ROXIN, el principio de culpabilidad debe estar basado en criterios políticos criminales de prevención general y especial, pudiendo la pena ser reemplazada por otras sanciones, pudiendo la misma estar por debajo de la medida de culpabilidad<sup>31</sup>. En ese sentido el profesor de la Universidad de Múnich señala "(...) no debe pensarse sin culpabilidad y no se debe penar más allá de la medida de culpabilidad, pero tampoco debe pensarse sin necesidad de prevención especial o general. La culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente: solo puede buscarse prevención a través de la pena bajo el presupuesto y la medida de culpabilidad, pero también la culpabilidad justifica la pena solamente en el marco de lo previamente exigible"<sup>32</sup>.

De lo expuesto por el supremo intérprete al señalar "Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado", es un pensamiento a todas luces absurdo y épico carente de todo sustento académico actual, y que paso a exponer.

El TC recurre a la criminología para explicar que de acuerdo a la forma de vida del delincuente<sup>33</sup>, la segunda pena debe ser agravada en función a los antecedentes de haber cometido un primer delito, es decir, la forma de vida delictiva justifica la imposición de esta agravante.

Un pensamiento así, no hace sino traer aquellas viejas teorías de Cesare Lombroso<sup>34</sup>, Enrico Ferri<sup>35</sup> y Raffaele Garófalo<sup>36</sup>, las cuales tuvieron acogida –sobre todo- en Italia

---

<sup>31</sup> Así en nuestra legislación existe el principio de oportunidad (art., 5° del C de PP), o la ley 28122 que regula la conclusión anticipada del proceso, estando dicha ley en concordancia con la confesión sincera, donde el confeso –por derecho penal premial- tendría una pena incluso por debajo del mínimo legal. Como vemos todos estos beneficios responden a un criterio de política criminal.

<sup>32</sup> Vide., ROXIN, Claus, ob., cit., pág., 177.

<sup>33</sup> Estos términos hacen alusión a un término proscrito en materia penal. La peligrosidad. Sobre este tema ZAFFARONI señala "El sentimiento de seguridad jurídica no tolera que a una persona (...) se le prive de bienes jurídicos con la finalidad puramente preventiva en una medida impuesta sólo por lo que indica su inclinación personal al delito, sin tener en cuenta la extensión del injusto cometido y el grado de autodeterminación que tuvo al actuar". Vide., ZAFFARONI, Eugenio R., "Manual de Derecho Penal. Parte General", ob., cit., pág., 99.

<sup>34</sup> Al respecto el profesor VILLAVICENCIO TERREROS nos dice <Según la concepción antropológica-criminal de LOMBROSO, el delincuente verdadero "nato" (*homo delinques*, delincuente nato), es una peculiar especie humana cognoscible en virtud de determinadas características corporales y anímicas, una peculiar "*species generis humani*">. Vide., VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, "Introducción a la Criminología", ed., 1° era, edit., Grijley, Lima, Perú, Mayo, 2000, pág., 19. (Comillas y cursivas en el original). Son importantes las palabras del profesor VILLAVICENCIO quien señala "Las consideraciones político-criminales de la teoría lombrosiana afirmaban la ineficacia de la pena frente al delincuente nato, por ello, su propuesta central era aplicar la segregación del delincuente nato de la comunidad social antes que estuviera en condiciones de cometer un delito", en VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, "Introducción a la Criminología", ob., cit., pág., 21. (Comillas en el original).

<sup>35</sup> Sobre este autor, el profesor VILLAVICENCIO nos enseña <FERRI considera que el delito es producto de anomalías biológicas, físicas y "sociales", otorgándole una clara prioridad etiológica a los factores sociales>. Vide., *ibíd.*, (Comillas en el original).

<sup>36</sup> El profesor VILLAVICENCIO señala "En su diagnóstico del hombre delincuente toma distancia de la posición antropológica lombrosiana como el sociologismo de FERRI. Su tipología criminal rompe con el modelo positivista convencional al proponer cuatro tipos de delincuentes (...). Su teoría de la pena potencia

entre los años 1835 a 1929, siendo su denominador común considerar que el delincuente era reconocible en función de determinados rasgos fenotípicos y biológicos. Sin temor a equivocarme, estas teorías tienen acogida en aquella “teoría” venida de la Universidad de Bonn, cuyo máximo representante es el profesor Günther JAKOBS, denominada “Derecho Penal del Enemigo”<sup>37</sup>. A raíz de ello algunos pensadores en sus obras –de manera histriónica-, argumentan que Lombroso no ha muerto, sólo duerme.

De lo expuesto advertimos que el argumento que expone el supremo intérprete linda mucho, de lo que actualmente ha admitido como válido la doctrina mayoritaria, constituyendo su argumento del TC uno de aquellos que se encuentran en los viejos museos y que sólo nos sirve para advertir, cómo fue en un momento aquellas ideas que valoraban al inculgado o procesado.

No considero que nuestro TC se adhiera a una idea como fomentar vía sentencia, aquella teoría del Derecho Penal del Enemigo, muy por el contrario, considero –espero que sea así- que constituye un grueso yerro al momento de fundamentar la misma, algo que no es común en un colegiado de vital importancia dentro de un Estado democrático de Derecho.

Al referirse al Principio de Culpabilidad, el TC señala “En virtud de este principio, el límite para saber qué conductas deben evaluarse y cuáles no, lo establece el propio tipo penal que subsuma la conducta. Esto acarrea la proscripción de evaluar circunstancias ajenas a la conducta descrita en el tipo penal, como podrían ser otros delitos anteriormente perpetrados”; **sin embargo, termina señalando** “Pero el principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito “A”, la figura de la reincidencia faculta al juez para evaluar otros delitos anteriormente cometidos, a los que llamaremos “B”, para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe “B”, esto constituirá un elemento que agravará la reprobabilidad del delito “A”, y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel una reprobación mucho mayor que la que le correspondería si se considerase el delito “A” de modo aislado”.

Con lo señalado por el TC es claro advertir que el mismo –aunque no hace cita alguna a la teoría que se adhiere- sigue las posturas de quienes propugnan el mantenimiento de la reincidencia como agravante. Ello porque quienes abogan por esta figura sustentan su vigencia en la mayor culpabilidad.

Creemos que este parecer, viene de aquellos postulados seguidos por el insigne penalista alemán Arthur KAUFMANN, quien trataba de deducir del principio de

---

al máximo la prevención especial y postula a la pena de muerte”. *Vide.*, **VILLAVICENCIO TERREROS**, F., *ob. cit.*, pág., 22.

<sup>37</sup> Sobre este tema recomiendo el interesante artículo del profesor Luis GRACIA MARTIN, donde el mismo ácidamente critica esta teoría venida de Alemania. *Vide.*, **GRACIA MARTIN**, Luis, <Consideraciones críticas sobre al actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”> en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. (consultado Marzo 06 de 2008).

culpabilidad el contenido de la pena<sup>38</sup>. Sin embargo, vemos que desde los aspectos preventivos estos postulados no tienen razón de ser.

Finalmente, cuando el TC señala “Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2º, inciso 24, literal “f”, 37º, 140º y 173º (...), realmente es sorprendente ello, pues de un análisis literal y teleológico de estos preceptos, no conducen en nada a extraer lo que sostiene nuestro TC.

### 5.3.- La reincidencia y el principio de proporcionalidad

Anota el TC:

“A juicio de este Tribunal, los artículos modificados cumplen con el subprincipio de idoneidad. En efecto, el legislador ha previsto, a través de tal disposición, un objetivo constitucionalmente legítimo si se considera que son deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, de acuerdo con el artículo 44º de la Constitución. Asimismo, es claro que existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido”<sup>39</sup>.

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

---

<sup>38</sup> Así: Arthur KAUFMANN. *Cfr.*, ROXIN, ob., cit., pág., 187, quien al analizar el trabajo de Arthur KAUFMANN sobre el principio de culpabilidad señala “El motivo para estos desacuerdos me parece que radica en que KAUFMANN no considera a la culpabilidad solamente, ni tampoco siquiera en primera línea, como medio para limitar la pena, sino también quiere deducir de ella el contenido de la pena. Esto es posible y necesario desde la base del Derecho penal retributivo clásico, pero apenas puede ser compatible con una teoría preventiva”.

<sup>39</sup> Fundamento 43 de la Sentencia 00014-2006-PI/TC.

y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger”<sup>40</sup>.

“En tercer lugar, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Este Tribunal advierte que la Ley N° 28726 cumple también con este subprincipio. Y es que así como el Estado constitucional de Derecho tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el de terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros”<sup>41</sup>.

“En ese sentido, cabe señalar que “[d]os aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su ‘nocividad social’). (...) un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de ‘nocividad social’ del ataque al bien jurídico”<sup>42</sup>.

**Termina señalando:**

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

---

<sup>40</sup> Fundamento 44 de la Sentencia 00014-2006-PI/TC.

<sup>41</sup> Fundamento 45 de la Sentencia 00014-2006-PI/TC.

<sup>42</sup> Fundamento 46 de la Sentencia 00014-2006-PI/TC.

que dicha ley ha de ser considerada como constitucionalmente legítima”<sup>43</sup>.

El principio de proporcionalidad<sup>44</sup>, como variante del principio de culpabilidad<sup>45</sup>, según la Ejecutoria Suprema del 19 de Enero de 2005, R.N. 3441-2004, consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado de Derecho<sup>46</sup>. Ya el profesor San Marquino Raúl PEÑA CABRERA señalaba que “(...) La idea de proporcionalidad presupone que se ha usado la pena como último recurso y que se logra satisfacer la necesidad que constituye su único fundamento (si no caemos en el marco de la pena inútil, que no es admisible). Dentro de ese marco estrecho, proporcionalidad no significa equivalencia entre la gravedad del delito y la pena, sino que el mal que causa la pena es el mínimo posible según el grado de necesidad que surge de la falta de otros instrumentos de respuesta que no sea la violencia”<sup>47</sup>.

La discrepancia radica en que el TC señala que no existen otros medios o “(...) 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”, vale decir, el TC estima una ponderación entre Derechos fundamentales vs seguridad jurídica<sup>48</sup>. En lo que respecta a este apartado, el TC se adhiere a aquellas doctrinas que pregonan mayores invasiones a los Derechos fundamentales. Y como siempre he dicho “o nos ubicamos de los garantistas a ultranza, que no hace permisible mayores restricciones a los derechos fundamentales, o se empieza a admitir mayores invasiones y medidas restrictivas de derechos en la necesidad de generar un modelo más eficaz (eficientista)”<sup>49</sup> e incluso hasta nuestro Nuevo Código Procesal Penal admite estas doctrinas en su artículo 205.

<sup>43</sup> Fundamento 47 de la Sentencia 00014-2006-PI/TC.

<sup>44</sup> Principio prescrito en el artículo VIII del T.P de nuestro C.P vigente

<sup>45</sup> Ello según la exposición de motivos de nuestro C.P vigente, el mismo que señala expresamente la proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho.

<sup>46</sup> Ejecutoria Suprema del 19 de Enero de 2005, R.N. 3441-2004, Lambayeque, Cuarto considerando. Citada por **VILLAVICENCIO TERREROS**, Felipe, “*Derecho Penal. Parte General*”, ed., 1º, era, segunda reimpresión, edit., Grijley, Lima, Perú, Agosto, 2007, pág., 115. Para los profesores MAURACH/ZIPF la denominan prohibición en exceso, citados por **VILLAVICENCIO TERREROS**, Felipe, “*Derecho Penal. Parte General*”, ob., cit., pág 115.

<sup>47</sup> PEÑA CABRERA, citado por **VILLAVICENCIO TERREROS**, Felipe, “*Derecho Penal. Parte General*”, ob., cit., pág 117.

<sup>48</sup> Esta ponderación no nos representa una novedad. Véase el paquete de Decretos Legislativos emitidos por el Poder Ejecutivo, sobre todo el D. Leg., 982 y 989. Al respecto he tenido oportunidad de pronunciarme sobre ello. Vide., **PANTA CUEVA**, David Fernando, **SOMOCURSO QUIÑONES** Vladimir, “*¿Fue necesaria la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del Código Penal?. El Decreto Legislativo N° 982 y el uso de armas de fuego por los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales?*”, en Actualidad Jurídica, Tomo 168, edit., Gaceta Jurídica, Noviembre, 2007, pp. 101-106. Vide., **PANTA CUEVA**, David Fernando, “*REDEFINIENDO LA FLAGRANCIA DELICTIVA. Análisis y crítica de una sentencia del Tribunal Constitucional y del Decreto Legislativo N° 989*”. En: Diálogo con la Jurisprudencia, N° 111, edit., Gaceta Jurídica, Año 13, Diciembre, 2007, pág., 237-245.



Precisamente el Fundamento 45 y 46 de la Sentencia 00014-2006-PI/TC, se condice con lo he venido sosteniendo en mis anteriores trabajos. Es decir que esta forma de razonar abraza el compromiso que tiene el Estado de combatir –a como de lugar- con la delincuencia organizada. En este apartado el TC es enfático al hablar de una forma o modalidad de ella. El Terrorismo.

Es obvio que mi fe epistemológica hacia los Derechos fundamentales, me permiten sostener que la figura de la reincidencia y habitualidad también atropellan el principio de proporcionalidad; en primer lugar, porque la proporcionalidad no puede estar en relación directa con un antecedente de delito cometido y en segundo lugar, porque el hecho mismo de delinquir por segunda vez, no puede justificar una jalada de cabellos a este principio que informa nuestro Derecho penal<sup>50</sup>. Forma de proceder en quienes permiten invasiones a los Derechos fundamentales, con la finalidad de combatir la criminalidad.

#### 5.4.- La Habitualidad en la sentencia del TC

Antes de analizar la figura de la habitualidad, quiero expresar desde ya mi rechazo académico, a la manera poco científica y académica –en incluso sorprendente- en el argumento 50.

Al respecto el TC señala lo siguiente:

“De hecho, el Tribunal Constitucional no desconoce estas críticas de un sector de la doctrina penal en contra de una institución jurídico-penal como la habitualidad. Sin embargo, 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”<sup>51</sup>.

Añade:

“El Tribunal Constitucional disiente del argumento del demandante porque, en primer lugar, no es el Código Penal el parámetro de validez constitucional sino la Ley Fundamental, por más que aquél incorpore determinados principios jurídicos. En segundo lugar porque, a juicio de este Colegiado, la habitualidad no

<sup>50</sup> Debemos precisar que el artículo 200 *in fine* “(...) 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”. *Vide.*, **ORÉ SOSA**, E., *ob. cit.*, pág., 10. (consultado Marzo 08 de 2008).

<sup>51</sup> Fundamento 50 de la Sentencia N° 0014-2006-PI-TC. Negritas son mías.

necesariamente supone que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos. Y es que no debe olvidarse que la reeducación, la reincorporación y la resocialización, previstas en el artículo 139º, inciso 22, no son los únicos fines de la pena, como se ha señalado en el fundamento 13 de la presente sentencia, sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos, tal como manda el artículo 44º de la Constitución”<sup>52</sup>.

Resulta más que sorprendente este modo de razonar de los magistrados del TC, donde se exponga que el control constitucional abstracto de las leyes, no esté en función a lo que la doctrina penal señala. Sabido es que dentro del control constitucional tenemos el abstracto o control concentrado, facultad exclusiva del TC y el control constitucional concreto o difuso que opera vía la inaplicabilidad de la norma por el juzgador. Al respecto razón tiene ORÉ SOSA al señalar “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”<sup>53</sup>. Asimismo, es oportuno señalar que en lo que respecta a este fundamento el TC peruano ha usado la misma terminología -casi calco del fundamento- usado por el colegiado español al pronunciarse por la figura de la reincidencia<sup>54</sup>, lo cual desde ya se torna poco serio y antiacadémico, obviándose –incluso- la cita respectiva, constituyendo –desde mi modesto punto de vista- todo un plagio.

En lo que concierne al Fundamento 52 de la Sentencia N° 0014-2006-PI-TC, encuentro una contradicción insalvable. En este considerando el TC sostiene que “(...) a juicio de este Colegiado, la habitualidad no necesariamente supone que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor (...)”; **sin embargo en el Fundamento 37 de la misma sostiene** “Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona (...)”. **Es decir, en el primer considerando los magistrados del TC argumentan las doctrinas que no autorizan y que**

<sup>52</sup> Fundamento 52 de la Sentencia N° 0014-2006-PI-TC.

<sup>53</sup> En ese sentido, el profesor ORÉ SOSA, ha señalado “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. *Vide.*, **ORÉ SOSA**, Eduardo A., *ob. cit.*, pág., 03. (consultado Marzo 04 de 2008).

<sup>54</sup> *Vide.*, **ORÉ SOSA**, E., *ob. cit.*, pág., 03-04. (consultado Marzo 04 de 2008).

han proscrito el Derecho penal de autor; mientras que en el segundo considerando sostienen la tesis de la criminología positivista. Toda una contradicción.

Realmente, este modo de razonar de los magistrados, desdice de una institución que cuenta con lo más selecto de la intelectualidad constitucional, y que es a ella donde el litigante llega en última instancia a fin que se respeten sus Derechos fundamentales. Razonamientos así, me traen a colación aquellos jueces que al desconocer criterios básicos del Derecho penal, se convierten en peligrosos para la Libertad de las personas.

## VI.- A MODO DE CONCLUSIONES

1.- Constituye todo un desacierto académico que el TC analice el *ne bis in idem* en función de aspectos estrictamente literales, no yendo más allá de esencia misma. Sin embargo, desde una interpretación teleológica advertimos una flagrante vulneración a este importantísimo principio del Derecho penal.

2.- En lo concerniente al principio de culpabilidad, lo expuesto por el supremo intérprete linda mucho, de lo que actualmente ha admitido como válido la doctrina mayoritaria, constituyendo su argumento del TC uno de aquellos que se encuentran en los viejos museos y que sólo nos sirve para advertir, cómo fue en un momento aquellas ideas que valoraban al inculpado o procesado.

3.- Al pronunciarse el TC sobre el principio de proporcionalidad, este estima una ponderación entre Derechos fundamentales vs seguridad jurídica. En lo que respecta a este apartado, el TC se adhiere a aquellas doctrinas que pregonan mayores invasiones a los Derechos fundamentales. Algo que desde mi modesto punto de vista constituye todo un desacierto, pues la realidad nos muestra que el índice de criminalidad no tiende a disminuir.

4.- En lo que respecta al criterio de la habitualidad, es más que sorprendente que los magistrados digan EXPRESAMENTE que para interpretar esta figura se deben alejar de la doctrina penal, máxime cuando este mismo considerando es un calco del argumento original expuesto por el TC español. Considero que al no hacer la cita respectiva, constituye un plagio lo aquí hecho por nuestro TC.

5.- La aplicación de la reincidencia y habitualidad al ser figuras de aplicación facultativa por el juzgador (en algo acertó nuestro legislador), exhorto a que los mismos realicen un control difuso sobre estas figuras, optando por la *inaplicabilidad* de ellas. Tal y conforme se estipuló en el Pleno Jurisdiccional Regional de fecha 15 de Octubre de 2006<sup>55</sup>. La ecuación –muy alejada a lo que sostiene el TC- debería ser: A más delitos cometidos, menor culpabilidad del agente. Aquí se recomienda medidas terapéuticas de prevención.

6.- Finalmente, se esperó mucho más de esta sentencia, la misma que debió estar sustentada y motivada en doctrina (nacional y extranjera) y jurisprudencia traída de otros

---

<sup>55</sup> Puede visualizarse en [http://www.pj.gob.pe/CorSup/Arequipa/archivos-subidos/jur\\_PJRegPenal06.pdf](http://www.pj.gob.pe/CorSup/Arequipa/archivos-subidos/jur_PJRegPenal06.pdf)

Tribunales constitucionales extranjeros. Con toma de posturas a una u otra teoría, lo cual hubiera sido suficiente para avalar una sentencia venida del supremo intérprete de la constitución peruana. Máxime cuando existe una presunción fortísima, que aquí contamos con lo más selecto de la intelectualidad constitucional. Claro, se acepta la prueba en contrario...