

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA. REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD. A PROPÓSITO DE LAS MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LEY 30076.

*Eduardo Oré Sosa*¹

I. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

El proceso de determinación de la pena es, ciertamente, 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.² La ley también establece circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, esto es, aquellas que tienen por virtud atenuar o agravar las penas fijadas en abstracto para cada hecho punible. Estas pueden corresponder a la misma parte especial (p. ej. las formas agravadas de los delitos de homicidio, robo y tráfico ilícito de drogas) o a la parte general del Código Penal (p. ej. la reincidencia, la habitualidad, la tentativa o la omisión impropia). La instancia de *determinación 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 (injusto) como a la culpabilidad del autor. Para ello, debe atender a una serie de criterios que el mismo legislador establece, sobre todo, en el artículo 46 del Código Penal.

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 establecidos (mínimos y máximos de la pena básica, y las 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.³ Ya sin incidir en normas de carácter procesal que habilitan al Juez a reducir el *quantum* de la pena. Habrá menos margen de discrecionalidad, pero también menos ámbito para la arbitrariedad;⁴ a lo que se añade el

¹ Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Piura. Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la PUCP.

² 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, p. 220, quien señala: "... la ley, al prever 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."

³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Lima, Gaceta Jurídica, 2000, p. 100.

⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Trotta, 2006, p. 539.

deber de motivación de las sentencias y el derecho al recurso, que reduce, igualmente, las cotas de arbitrariedad.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 30076, carecíamos de un “*procedimiento*” de determinación judicial de la pena, toda vez que no se contaba con normas que regulasen los pasos a seguir para la determinación de la pena concreta.⁵ En efecto, las previsiones de los artículos 45 y 46 del Código Penal –antes de la última modificación–, si bien establecían importantes criterios para la determinación y fundamentación de la pena, no contenían reglas sobre el momento y modo de aplicación de las agravantes cualificadas o de las atenuantes privilegiadas. Peor aún, tampoco se pronunciaba sobre el camino a seguir ante la concurrencia de circunstancias agravantes, atenuantes o ambas a la vez.

Por si fuera poco, aún hoy, tenemos una multiplicidad de normas —dispersas por toda la parte general del Código Penal— a las que el Juez necesariamente tiene que acudir para determinar la pena: omisión impropia (art. 13 *in fine*); error de prohibición vencible (art. 14); error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15); tentativa (art. 16); eximentes incompletas (art. 21); imputabilidad restringida (art. 22); complicidad secundaria (art. 25); agravante por prevalimiento del cargo (46-A); reincidencia (46-B); habitualidad (46-C); concurso ideal (art. 48); delito masa (art. 49); etc. Ya sin abundar en otras normas, de carácter procesal, que afectan igualmente a la determinación de la pena concreta, v. gr. confesión sincera (art. 161 CPP) y terminación anticipada (art. 471 CPP).

En algunas de estas disposiciones, el legislador se limita a señalar que la pena será atenuada o disminuida prudencialmente, sin señalar de manera expresa si la reducción se realizará incluso hasta límites inferiores o por debajo del mínimo legal. Y si bien algunos autores pueden hacer una interpretación *favor rei*, entendiendo que la pena a imponer puede estar ubicada por debajo del mínimo —sin que señalen algún límite, con lo cual, al menos en teoría, la pena privativa de libertad podría ser reducida hasta los dos días—, esto no niega el hecho de las deficiencias con que se ha regulado una materia tan importante como las penas.

Consecuentemente, y vaya esto por delante, debe valorarse positivamente la intención de la Ley 30076 –y sus antecedentes, los Anteproyectos del 2004 y del 2009– de establecer un nuevo procedimiento de determinación judicial de la pena de carácter secuencial, pues ello reduce los niveles de indeterminación. Desde luego, no se ha pretendido llegar a un sistema próximo a la pena tasada, o a un sistema que busque la pena puntual (pena exacta y supuestamente acorde al grado de culpabilidad), pero sí acoger un sistema que,

⁵ La “técnica legislativa”, en este punto, adolecía de problemas de gran calado; como señala PRADO SALDARRIAGA, el Código penal nacional “posee una limitada, oscura y dispersa normatividad sobre la determinación judicial de la pena. Efectivamente, sus disposiciones al respecto se encuentran repartidas, cuando no confundidas, en artículos aislados de la Parte General, así como en asistemáticas normas de la Parte Especial. Es más, también coexisten reglas sobre la determinación judicial de la pena esparcidas en la legislación procesal penal vigente”, vid. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación judicial de la pena y Acuerdos Plenarios*. Lima, Idemsa, 2010, pp. 119-120.

dejando un margen de discrecionalidad al Juez para la valoración del injusto y la culpabilidad (pues el sistema de tercios siempre deja un margen para que el Juez proceda a individualizar la pena), y de otros criterios de política criminal (p. ej. necesidad de pena), contenga reglas claras y sistemáticas de determinación judicial de la pena. Por lo demás, esto serviría también al fin informador de la norma penal: más allá de un pretendido efecto disuasivo de la pena, el potencial agente debe conocer cuál sería la consecuencia jurídica de su conducta criminal.

Este sistema, previsto en el artículo 45-A del Código Penal, tiene como fuente las normas sobre determinación de la pena del Código penal colombiano. Dicho ordenamiento, según VELÁSQUEZ⁶, adopta un sistema de *cuartos* que no es más que un procedimiento en el que la determinación de la pena se desarrolla en base a niveles o pasos sucesivos:

1. En el *primer nivel*, se determina el marco penal aplicable en función al marco punitivo abstracto (tipo básico), y las circunstancias específicas o genéricas que lo modifiquen (ejms. abandono del lugar del accidente, en homicidio culposo; y tentativa, respectivamente).
2. Una vez determinado este espacio punitivo, se procede, en el *segundo nivel*, a dividir el marco penal resultante en cuatro partes, para, luego, determinar el “marco penal concreto” según concurren o no las circunstancias agravantes o atenuantes de los artículos 55 y 58 del Código penal colombiano [circunstancias similares a las que nosotros tenemos en el artículo 46 del Código penal vigente].
3. En el *tercer nivel*, se procede a la individualización judicial propiamente dicha, para lo cual se ha de atender a la mayor o menor gravedad de la conducta, al daño real o potencial creado, a la intensidad del dolo, a la preterintención o la culpa concurrentes, a la necesidad de pena, al mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, etc.
4. El cuarto y último nivel, a operar cuando sea el caso, se corresponde con las rebajas de la *pena final* en aplicación de normas procesales de preacuerdo y allanamiento, propias de la “justicia negociada”.

De manera similar a lo dispuesto en la legislación de nuestro vecino del norte, el Anteproyecto de Código Penal de 2004 ya había implementado un “sistema de cuartos”. No obstante, se podían plantear algunos problemas, toda vez que, a diferencia de la legislación colombiana, muchas de nuestras atenuantes privilegiadas no establecían

⁶ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general*. Bogotá, Comlibros, 2009, 4° ed., pp. 1092 y ss.

claramente la *proporción* en que se disminuye la pena abstracta. En efecto, por citar algunos ejemplos, mientras en el Código penal colombiano la tentativa se sanciona con “pena no menor de la *mitad* del mínimo ni mayor de las *tres cuartas partes* del máximo de la señalada para la conducta punible consumada”, entre nosotros el “Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”; si en aquel, todo exceso en una causa de justificación se sanciona con una “pena no menor de la *sexta parte* del mínimo ni mayor de la *mitad* del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible”, en nuestro Código penal se señala, en el artículo 21, que “el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”; si en la legislación colombiana, “la pena se rebajará en la *mitad*” tratándose del error de prohibición vencible, aquí el legislador simplemente señala que “se atenuará la pena”.

Lo anterior generaba el problema de acometer lo que en el sistema de determinación judicial de la pena colombiano constituía el *primer nivel*, a saber, determinar el marco penal abstracto, ya que, como acabamos de ver, nuestras atenuantes privilegiadas de la parte general no establecen la proporción en que se ha de mover el marco penal del tipo básico. El Anteproyecto de 2009, más allá de haber postulado un sistema de *tercios* en lugar de *cuartos*, que en sí no representa una diferencia fundamental, añadió algunas reglas para el caso de concurrencia de “circunstancias atenuantes o agravantes cualificadas”, sistema que, palabras más palabras menos, figura hoy en el inc. 3 del artículo 45-A del Código Penal.⁷

Subsiste, sin embargo, el problema de determinar hasta dónde se ha de extender el espacio punitivo ante la concurrencia de atenuantes privilegiadas [no parece suceder lo mismo con las agravantes cualificadas, pues el legislador generalmente señala el *quantum* agravatorio] que no indiquen la proporción por debajo del mínimo hasta donde procede la reducción de la pena. Una opción, sería entender que podría reducirse hasta el mínimo previsto para las penas privativas de libertad, esto es, dos días. De ser este el caso, sería aconsejable modificar de una vez el artículo 29 del Código Penal y elevar la duración mínima de este tipo de pena, pues existe consenso en repudiar penas privativas de libertad de cortísima duración. Otra opción sería concretar, en una próxima reforma, la proporción en que se ha de disminuir las penas en los casos de tentativa, error de prohibición vencible, complicidad secundaria, eximentes incompletas, etc.

II. FACTORES PARA FUNDAMENTAR Y DETERMINAR LA PENA (ART. 45 CP)

⁷ Art. 45-A inc. 3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

- a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
- b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
- c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Consideramos que buena parte de lo contenido en el primer inciso del artículo 45 debería ser regulado como una circunstancia agravante en el artículo 46. Esto porque si bien las situaciones de “*abuso*” del cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad pueden incrementar el desvalor de la conducta o en la culpabilidad del autor, incidiendo, de este modo, en la cuantificación de la pena (agravarla), resulta necesario recurrir en estos casos a la cláusula de excepción que busca evitar la doble valoración o *bis in idem*, esto es, la que está contenida en el primer párrafo del artículo 46 CP (“siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible”). Por lo demás, el legislador vuelve a incorporar estos supuestos en la agravante del artículo 46 inc. 2 h), propuesta que, por lo dicho anteriormente, nos parece más acertada.

Los demás criterios de fundamentación y determinación, vale decir, “las carencias sociales que hubiese sufrido el agente” (inc. 1), “su cultura y sus costumbres” (inc. 2) y “los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen” (inc. 3) se corresponden con el texto anterior a la modificación y, a pesar de los cambios operados en cuando al sistema de determinación judicial, creemos que siguen surtiendo sus efectos tanto para la individualización de la pena dentro de la parte correspondiente (tercio inferior, tercio superior o tercio intermedio), como para determinar la aplicación de un sustitutivo (conversiones) o una medida alternativa (suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, etc.). No otra parece la solución si se pasan estos factores por el tamiz de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y necesidad.

III. SISTEMA DE TERCIOS

El flamante artículo 45-A del Código Penal introduce, como ya se había adelantado, un nuevo sistema de individualización de la pena. Aun cuando a algunos lo pudieran considerar innecesario, nos parece un acierto el hecho de que se destinen los dos primeros párrafos de este dispositivo a reglas básicas vinculadas al deber de motivación de los fallos, así como al *ne bis in idem*.

- a) Concreción de la pena en delitos donde no concurren circunstancias modificativas cualificadas o privilegiadas

El caso más simple, en nuestro criterio, sería aquel donde no concurren circunstancias de agravación cualificada ni atenuantes privilegiadas. Aquí, se ha de proceder a dividir el marco penal abstracto del tipo penal (sea este un delito simple o en su forma agravada) en tres partes, obtendremos así un tercio inferior, un tercio intermedio y un tercio superior (art. 45-A inc. 1). Para determinar en qué tercio se ha de individualizar la pena (pena concreta) debemos atender a la concurrencia de las circunstancias de atenuación y agravación genéricas, esto es, las previstas en el artículo 46 CP. De este modo, si no existen circunstancias atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias

atenuantes, la pena concreta se determinará dentro del tercio inferior. Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. La pena se determinará dentro del tercio superior cuando solo concurren circunstancias agravantes.

Finalmente, ubicado el tercio correspondiente, el Juez procederá a individualizar la pena en atención al alcance o entidad del injusto cometido, para lo que ha de atender a valorar los factores previstos en el artículo 45 CP (v. gr. las carencias sociales que hubiese sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen) y 46 CP [en el paso anterior, se constataba la concurrencia de la circunstancia, sin llegar a ponderar o valorar su entidad].

De ser el caso, no obstante, habría que tener en cuenta la posible aplicación de una reducción de la pena ya individualizada en atención a las normas de la confesión sincera, terminación anticipada (arts. 161 y 471 del CPP 2004, respectivamente) u otras de similar naturaleza.

b) Concreción de la pena en delitos con circunstancias modificativas calificadas o privilegiadas

En este supuesto, se ponen de manifiesto problemas de técnica legislativa. El inc. 3 del artículo 45-A pretende indicar cómo se determinará la pena concreta cuando concurren atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas. Y así, señala que tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior [lit. a)]; tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior [lit. b)]. Con lo cual, parece producirse un alejamiento de la fórmula colombiana, pues en aquel sistema, según lo anotado anteriormente, las circunstancias modificativas calificadas o privilegiadas debían ser tomadas en cuenta antes de proceder a dividir el marco punitivo en cuatro.

En nuestro caso, el legislador pareciera indicar que el marco penal abstracto siempre se habrá de dividir en tres desde un principio, sea que concurren o no circunstancias agravantes calificadas o atenuantes privilegiadas. Con lo cual, la pena a imponer por ejemplo, al autor reincidente [que tiene por efecto, en el supuesto simple o básico, incrementar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal] se ha de ubicar dentro del tercio superior o hasta en una mitad por encima del máximo legal. A propósito de esto, no pareciera aplicable la interpretación de que el extremo máximo de la pena abstracta constituiría el nuevo mínimo del marco penal agravado [en el ejemplo propuesto, agravado por reincidencia], pues no tendría objeto que el legislador aluda al tercio superior [art. 45-A, inc. 3, b)], sino que hubiera bastado con señalar que la pena se fijaría por encima del máximo legal. ¿Para qué aludir al tercio superior si la pena agravada no podría ubicarse dentro de dicho límite, sino que desbordaría totalmente los límites de la pena básica? Más allá de este razonamiento de orden gramatical, consideramos preferible que el Juez tenga un margen de acción amplio para poder ajustar la pena en

función a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y estricta necesidad; de lo contrario, estaríamos más próximos a un sistema de la pena tasada.

Determinado así que la pena concreta se ha de ubicar en el tercio superior o por encima hasta donde opere la agravante cualificada, o en el tercio inferior o hasta donde opere la atenuante privilegiada, entendemos que se debe proceder a individualizar la pena, para lo cual se ha de atender a los mismos criterios señalados en el caso anterior, esto es, a las circunstancias de agravación y atenuación genérica del artículo 46 del CP y a los factores de fundamentación y determinación de la pena (art. 45 CP).

Igualmente, se habrá de tener en cuenta la posible aplicación de normas procesales que tengan por virtud una reducción de la pena ya individualizada. Sería el caso, conforme ya fuera mencionado, de los beneficios por confesión sincera o terminación anticipada (arts. 161 y 471 del CPP 2004, respectivamente).

Sí parece cuestionable la regla prevista en el literal c) del inc. 3 del artículo 45-A. Señala que en los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes [privilegiadas] y agravantes [cualificadas], la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito. Esto, más que una compensación, como ocurre en otros ordenamientos, supone simplemente una anulación de ambas circunstancias; lo que sería más criticable cuando la atenuante privilegiada puede reducir la pena en una proporción o cantidad mayor que el incremento de la agravante cualificada. Claro que mientras no se defina o precise los límites hasta donde se puede reducir la pena en las atenuantes privilegiadas, la determinación de la pena seguirá estando librada, en alguna medida, al albur judicial o, según cómo se le mire, al prudente arbitrio del Juez.

IV. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACIÓN Y AGRAVACIÓN GENÉRICAS (ART. 46 DEL CP)

CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACIÓN

Las circunstancias de atenuación previstas en el primer inciso del artículo 46 CP guardan inocultables semejanzas –en fondo y forma– con las circunstancias atenuantes previstas en el Código penal colombiano.

Inc. 1. a) La carencia de antecedentes penales.

Esta circunstancia de atenuación parecería apuntar al delincuente primario. No obstante, el tenor literal de la norma podría dar cabida a aquellos condenados que hayan quedado rehabilitados o que hayan cancelado definitivamente sus antecedentes (art. 69 *in fine*). Si bien podría pensarse que este no es el sentido de la norma, también podría considerarse que la estimación de la atenuante, en estos casos, obedecería al hecho de que el agente, varios años después de su condena, no perpetró un injusto penal. Con todo, no deja de

tener razón VELÁSQUEZ cuando ve en esto un criterio con tintes peligrositas donde no se valora el injusto ni la culpabilidad, sino la vida pasada del autor y su “buena conducta”.⁸

Inc. 1. b) El obrar por móviles nobles o altruistas.

Se trata de una circunstancia genérica que aporta en cuanto al menor desvalor del injusto. Para la aplicación de esta atenuante, la realización de la conducta ha de obedecer a un motivo noble o altruista, lo que si bien comporta un elemento subjetivo, es ajeno al dolo y a la estructura típica [subjetiva] del delito; en otras palabras no debe constituir una exigencia del tipo. En este sentido, y atendiendo a la regla del primer párrafo del mismo artículo 46 CP, a fin de evitar una doble valoración, no sería de aplicación en el caso del homicidio piadoso.

Inc. 1. c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables.

La circunstancia de temor excusable nos parece redundante, pues se superpone, de alguna manera, con el “miedo insuperable” como causa que excluye la culpabilidad y, por ende, la responsabilidad (art. 20 inc. 7 CP). Más aún si en el propio texto de la ley se señala que el estado de temor hace “excusable” la conducta.

Por tanto, si realmente estuviésemos ante un supuesto como el descrito [temor excusable] se debería excluir la responsabilidad penal (art. 20, inc. 7); si, en cambio, el temor no llegara al nivel de lo excusable, se podría atenuar la pena acudiendo, en este caso, al artículo 21 del Código Penal. Como se ve, sea en un caso (excusable) o en otro (no totalmente excusable), el temor, como circunstancia atenuante del delito, ya estaría comprendido dentro de las normas de la Parte General del Código Penal.

En cuanto al estado de emoción –o alteración del ánimo– excusable, podría plantearse lo mismo: habría que acudir al concepto de “grave alteración de la conciencia” del artículo 20, inc. 1 para eximir de responsabilidad; y cuando ello no sea posible (estado de emoción que no es grave ni, consecuentemente, excusable) invocar una reducción de la pena en virtud del artículo 21 del Código Penal.

Inc. 1. d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.

Esta circunstancia resulta un tanto indeterminada, pues no se sabe a ciencia cierta si se refiere solamente a situaciones de necesidad económica (v. gr. hurto famélico, necesidad de costear medicamentos costosos, etc.). Si fuese así, también resultaría innecesaria, pues estaríamos ante un supuesto de estado de necesidad justificante (art. 20 inc. 4 CP) que si bien no exime necesariamente de responsabilidad [el hecho de carecer de recursos económicos para afrontar determinadas urgencias no justifica la realización de conducta

⁸ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho...* ob. cit., pp. 1107-1108.

delictivas, en otras palabras, no satisface la cláusula de adecuación social], sí podría, nuevamente, atenuarse la pena en virtud del art. 21 del CP. De cualquier modo, podría echarse mano a esta atenuante para todos aquellos casos que no puedan ser subsumidos en dicha causa de justificación.

Inc. 1. e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias.

Según VELÁSQUEZ, esta circunstancia “debe ser entendida de manera amplia, para cobijar toda actividad desplegada con miras a restablecer las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad al suceso o, por lo menos, a hacer menos gravosa y penosa la situación del sujeto pasivo”.⁹ Sería el caso del autor de un delito de lesiones culposas que, inmediatamente, presta auxilio a la víctima.

Inc. 1. f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado.

Esta circunstancia guarda relación con la prevista en el literal e), pues una de las formas de procurar la disminución de las consecuencias del delito es, justamente, la reparación de los daños. Fíjese que dentro del concepto de reparación se incluye la propia restitución del bien (art. 93 CP), lo que, en alguna medida, enerva las consecuencias dañosas del ilícito. Consecuentemente, esta circunstancia bien podría haber sido considerada en el inc. 1. e) del mismo artículo 46 CP.

Inc. 1. g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad.

El principio de no autoincriminación, como manifestación del derecho de defensa (art IX, inc. 2 del CPP), no excluye la posibilidad de que el agente reconozca su responsabilidad en el hecho cometido. Cuando ello ocurre de manera voluntaria, el autor se hace merecedor a una atenuación de la pena. El fundamento es de índole político-criminal y reside en el hecho de que la presentación voluntaria ante las autoridades para admitir su responsabilidad es tomada por el legislador como una muestra de arrepentimiento y colaboración con la justicia.¹⁰

Inc. 1. h) La edad del imputado en tanto que ella hubiera influido en la conducta punible.

Esta circunstancia atenuante guardaría semejanza, al menos desde el punto de vista teleológico, con la norma prevista en el artículo 22 CP, esto es, la reducción prudencial de la pena cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún, o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la conducta punible. Costaría entender, fuera de estos

⁹ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho...* ob. cit., p. 1110.

¹⁰ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho...* ob. cit., pp. 1111-1112.

límites, que la edad del agente –plenamente imputable– pudiera todavía influir en la perpetración delictiva. En cualquier caso, podría interpretarse que esta circunstancia sería de aplicación para aquellos supuestos en los que, a pesar de estar dentro de esos límites etarios, no sea de aplicación el artículo 22 CP: homicidios o lesiones culposas (por conducción en estado de ebriedad) reiterados; agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación sexual, homicidio calificado, feminicidio, extorsión, etc.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN

a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.

El desvalor de la conducta se hace residir en el objeto material del delito, el mismo que está referido a bienes de utilidad común o al servicio de todos los ciudadanos (bandas de la berma central, señales de tránsito, asientos en parques, tapas de alcantarillado, lámparas y torres de alumbrado público, etc.).¹¹ No será de aplicación esta gravante, como no podía ser menos, si ya fue objeto de valoración para la configuración de una forma agravada, v. gr. el inc. 10 del segundo párrafo del artículo 186 CP, esto es, la sustracción de bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.

b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos.

De modo similar a la circunstancia anterior, el fundamento de esta agravante radica en la naturaleza del objeto material del delito: debe tratarse de un bien o recurso público, es decir, de un bien que esté afecto al cumplimiento de los fines del Estado. Desde luego, a fin de evitar la vulneración del *ne bis in idem*, no se ha de valorar esta agravante en aquellos supuestos donde la naturaleza del bien conforma el tipo (v. gr. delito de peculado, art. 387 CP) o sirva para la configuración de una agravante específica (forma agravada de usurpación: sobre bienes del Estado, art. 204 inc. 4 CP).

c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

En la antípoda de la atenuante consistente en obrar por móviles nobles o altruistas, el legislador reconoce un mayor grado de injusto en aquel que perpetra el delito movido por razones despreciables o insignificantes, por un lado, o con el fin de obtener una ventaja económica, por otro. De este modo, el desvalor de la conducta se ve incrementado por las inaceptables motivaciones que inspiran la voluntad del agente.

¹¹ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho...* ob. cit., p. 1114.

d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole.

Por discriminar se puede entender toda distinción, exclusión o restricción basada en motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo u otros que tenga por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades fundamentales en las esferas política, social y económica. No obstante, es de tener en cuenta que esto configuraría, amén de la concurrencia de otros elementos, el delito de discriminación previsto en el artículo 323 del Código Penal. Por ello, esta circunstancia de agravación genérica parece dirigida a valorar –incrementando el grado de injusto– aquellas conductas delictivas que no queden subsumidas en aquel, pero en el que la realización del tipo obedezca a una motivación racial, política o de otra índole. Estamos, pues, ante una circunstancia que debe ser ajena a la estructura típica del delito objeto de agravación. En cualquier caso, es de señalar que estamos ante una circunstancia de difícil concreción, al menos dentro de un estricto respeto del principio de legalidad.¹²

e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.

En este caso el legislador toma nota del mayor grado de injusto que supone el hecho de realizar la conducta empleando medios que representen un peligro general, esto es, que ocasionen un riesgo a un número indeterminado de bienes o personas. De este modo, la agravación obedece al mayor desvalor de resultado que entraña el empleo de medios que son idóneos –no parece exigirse un peligro concreto– para ocasionar daños a una multiplicidad de intereses individuales o colectivos (v. gr. vida, integridad física, propiedad, medio ambiente, etc.). Entendemos que esta agravante no es de aplicación en aquellos delitos cuyo contenido de injusto esté conformado por un peligro común, en especial, algunos de los delitos contra la seguridad pública, previstos en los artículos 273 y siguientes del Código Penal.

f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.

En atención al principio de no autoincriminación, consideramos que no se debe agravar la pena por el hecho de que el agente delictivo se oculte o dificulte su identificación (imaginamos que la ley se coloca en el supuesto del empleo de pasamontañas, medias o máscaras). Lo contrario supondría establecer una suerte de deber de colaboración del autor o partícipe para el debido esclarecimiento de sus propios delitos. Asimismo, es por demás dudoso que el hecho de que el autor o partícipe pretenda obtener la impunidad de su delito –algo que está dentro del orden natural de las cosas y, por tanto, no parece

¹² VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho...* ob. cit., p. 1116.

revelar un mayor grado de culpabilidad en el agente— a través de un medio que no parece incidir en un mayor grado de ataque al bien jurídico protegido —que, aunque huelgue decirlo, *no* es la administración de justicia—, deba configurar una circunstancia agravante. Todo esto con independencia de que otras legislaciones, como la colombiana y española, por citar algunos ejemplos, sí la incluyan como supuestos de agravación. En cualquier caso, podría aún interpretarse que el ocultamiento, como circunstancia agravante, es aquel que se realiza sobre la propia víctima, sin embargo, esta parecería una interpretación forzada que no se desprende necesariamente del texto de la norma.

Asimismo, el legislador agrava la conducta de aquel que se prevale o aprovecha de su condición de superioridad sobre la víctima, lo que podría obedecer a cuestiones tan diversas como la edad o una especial situación de incapacidad de la víctima; a la relación de dependencia laboral o familiar, etc. También comprende el legislador, en este acápite, una agravante próxima a la alevosía, ya que la conducta típica se ve realizada aprovechando un contexto (de modo, tiempo o lugar) en el que disminuyen las posibilidades de defensa de la víctima.

g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumir el delito.

Las circunstancias constituyen elementos accidentales del delito, es decir, pueden o no concurrir en un caso concreto; no son, pues, necesarias para la consumación del hecho punible. En este caso, el agente no se contenta con la consumación del delito, sino que intenta conseguir un resultado más grave, por ejemplo, a través de la obstaculización de cualquier labor de auxilio (v. gr. si se prende fuego a un automóvil y luego se evita la acción de los bomberos o el uso de extintores).

h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función.

El mayor desvalor de la conducta reside en el quebrantamiento de ciertos deberes que se desprenden de algún cargo, función, oficio o profesión. El legislador incluye también el abuso de posición económica, de formación o de poder, circunstancias con tintes moralizantes en las que, en todo caso, se habrá de ser especialmente cuidadoso en exigir la constatación de un abuso de dicha situación, formación o poder.

i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito.

El mayor desvalor de esta circunstancia de agravación genérica parece fundamentarse en la mayor capacidad de agresión al bien jurídico; en algunas figuras esto es más claro, pues consigue limitar la posibilidad de defensa de la víctima. En cualquier caso, también se trata de una circunstancia agravante específica presente en diferentes figuras penales (hurto en su forma agravada, por mencionar un solo ejemplo), con lo cual, si fuere ese el

caso, la disposición ahora analizada no podría ser tomada nuevamente en cuenta a los efectos de individualizar la pena.

j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.

En este caso estaríamos ante un supuesto de autoría mediata. Aparentemente, el legislador comprende en este supuesto tanto al menor de dieciocho años, como a aquel que por una grave anomalía psíquica carece de capacidad de culpabilidad. En el caso de los menores, era comúnmente aceptada la agravación de la pena tratándose del delito de tráfico ilícito de drogas, toda vez que se ponía en serio riesgo la vida, salud y desarrollo del menor,¹³ cuestionándose su aplicación en otras figuras penales. No obstante, es de tener en cuenta que los reparos a esta circunstancia agravante se dirigen, sobre todo, a aquellos casos en los que se prevén como circunstancias de agravación específica. En cualquier caso, consideramos que el mayor grado de injusto podría verificarse en el hecho de que se instrumentaliza a otra persona para la perpetración del hecho punible, pudiendo constituir un factor corruptor o de serio peligro que se cierne sobre el ejecutor inmediato (menor o incapaz). Si bien en algunos casos podemos estar ante un *modus operandi* donde el agente actúa a buen recaudo o sobre seguro –una suerte de alevosía–, entendemos que el fundamento de esta circunstancia solo podría encontrarse en lo señalado anteriormente.

Por otro lado, no deja de tener razón VELÁSQUEZ cuando considera que el término “inimputable” evoca una locución que solo puede ser definida por un funcionario judicial en sede de culpabilidad.¹⁴ No obstante, al parecer el legislador ha querido utilizar una palabra que comprenda tanto a menores como incapaces. Esto a pesar de que en otros apartados del Código Penal se hace mención expresa tanto al menor de edad como al inimputable (v. gr. arts. 152 inc. 11; 307-B inc. 7). Parece mejor opción la propuesta por el Profesor VELÁSQUEZ: aludir simplemente a la causa que origina dicha situación jurídica, esto es, a que la agravante se configura cuando el agente se vale de un menor de edad o de una persona que sufre de una anomalía psíquica (oligofrenia, esquizofrenia, etc.) para realizar el hecho punible.

k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional.

Nótese que esta circunstancia no alude a la comisión de un delito mientras cumple una condena a pena privativa de libertad, con lo cual, aparentemente, esta agravante alcanzaría también a quien la perpetra desde un establecimiento penitenciario en el que se encuentra sometido a una prisión provisional. En cualquier caso, pareciera que este

¹³ GONZÁLEZ RUS, Juan. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. En: AA. VV. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Cobo del Rosal (coord.). Madrid, Dykinson, 2004, p. 565.

¹⁴ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho... ob. cit.*, pp. 1123-1124.

fenómeno [la comisión o planeación de delitos desde los establecimientos penales] responde sobre todo a problemas de corrupción, infraestructura, falta de personal y presupuesto, etc., cuyos pasivos debieran ser asumidos por el Estado.

l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales.

Si bien esta circunstancia agravante pareciera casar solamente con los delitos ambientales, eventualmente podría ser producto de la comisión de otros delitos como los de peligro común por incendio o explosión (art. 273 CP), atentado contra la seguridad común (art. 281 CP), etc.

m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

Entendemos que el empleo de armas, explosivos, veneno o similares podría estar comprendido, como circunstancia agravante, en lo que se estipula en el artículo 46 inc. 2 lit. e), esto es, se trataría de medios cuyo uso podrían generar un peligro común. Si fuese así, este inciso resultaría innecesario. De no ser así, habría que entender que el legislador hace referencia al empleo de instrumentos o procedimientos que, más que un peligro común, generan o exacerban el sufrimiento o padecimiento de la víctima. Lo que, asimismo, debería diferenciarse de la circunstancia agravante prevista en el artículo 46, inc. 2 lit. g), vale decir, hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito.

V. REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD

Como se sabe, y siguiendo en este punto a ZUGALDÍA ESPINAR¹⁵, el principio de que *no hay pena sin culpabilidad* si bien no fundamenta la pena, sí opera como límite al 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. Así, de conformidad con este mismo autor, podemos decir que 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 exigencias: i) de *culpabilidad por el hecho*, ii) de *dolo o imprudencia*, así como la *proscripción de la responsabilidad objetiva*; y iii) *la capacidad de culpabilidad* (imputabilidad).
- b. A nivel de *individualización* de la pena, el principio de culpabilidad determina el *quantum* de la pena que es lícito imponer al autor culpable, en el sentido de que las

¹⁵ 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, pp. 1094-1095

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.

De esto, resulta interesante analizar si la reincidencia y habitualidad son respetuosas del principio de culpabilidad. Para eso debemos previamente hacer referencia a estos institutos. Claro que una definición de validez general resultaría difícil, pues los conceptos de reincidencia y habitualidad están de alguna manera condicionados por la peculiar manera en que cada legislación ha regulado estos institutos, cuando lo ha hecho claro, está [lo que lamentablemente es el caso de nuestro ordenamiento jurídico].

Solo para efectos prácticos podríamos decir que nuestro legislador los ha configurado como supuestos de agravación de la pena ante casos de reiteración delictiva. Quizás sea esta la principal diferencia con la figura del concurso real, pues esta última establece criterios o reglas para la determinación de la pena en el caso de una pluralidad de delitos cometidos por un agente, sin que ello importe una agravación de la pena. Es decir, en el concurso real se procede a sumar las penas fijadas por el juez para cada hecho punible, mientras que en la reincidencia o habitualidad se incrementa o agrava la pena por encima del marco de la pena abstracta o conminada.

Desde luego, podríamos remontarnos hasta los romanos que preveían penas corporales para quienes volvían a cometer delitos; a la España antigua, donde un segundo hurto podía ser sancionado hasta con la muerte; o, aún hoy en día, como se constata en el derecho anglosajón, donde la regla del *three strikes and you are out*, pone sobre el tapete la conveniencia político criminal de agravar la pena a quienes delinquen por segunda, tercera o cuarta vez. Podríamos preguntarnos, por ejemplo, cuáles son los efectos “beneficiosos” que acarrea un mayor tiempo en prisión cuando todos damos por cierto los problemas de ineficacia, colapso y congestión de los establecimientos penitenciarios. ¿Qué buscamos cuando encerramos a un hombre en un establecimiento penitenciario? ¿Qué pretendemos conseguir cuando encerramos a un ser humano bajo los cuatro muros de una prisión? Vista la realidad, nada que se aproxime a una finalidad preventiva. Y quien vea en ella –en la pena, sobre todo la pena privativa de libertad– no más que simple retribución, debe asumir que el juicio de desaprobación por el injusto cometido no puede prescindir de la proporcionalidad de la sanción.

Más allá de la indiscutible calidad profesional y moral del actual Jefe del Inpe, Dr. Pérez Guadalupe, nada hace pensar que el gobierno de turno esté interesado en incrementar sustancialmente el presupuesto destinado al mejoramiento de la infraestructura, la capacidad de albergue o las condiciones laborales del personal penitenciario. Esta triste realidad debe ser tomada en cuenta por todo aquel que considere plausible cualquier política del Estado dirigida a incrementar las penas (como en la reincidencia o habitualidad), incrementar los supuestos de prisión preventiva o hacer cada vez más inaccesible los beneficios penitenciarios.

Lo cierto es, como señala DIEZ RIPOLLÉS,¹⁶ que las energías de la comunidad se han desplazado del afán por lograr la inclusión social de los desviados, al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes. Naturalmente siempre se encontrarán argumentos para justificar un endurecimiento punitivo como, en este caso, las agravantes por reincidencia y habitualidad. Y así, algunos encuentran una mayor culpabilidad que se funda en la obstinación del acusado en vulnerar bienes jurídicos a pesar de haber sido ya advertido, en virtud de una condena, de las consecuencias de cometer un delito.

Pero la reincidencia y la habitualidad no solo pueden mostrar rebeldía y desprecio al bien jurídico protegido, también pueden revelar, en la línea de lo sostenido por PATRICIA ZIFFER,¹⁷ a un agente con dificultades para cambiar o superar las condiciones materiales y de especial vulnerabilidad que motivaron el comportamiento delictivo; también pueden mostrar a un individuo que carece de los suficientes frenos inhibitorios que lo inclinan al delito, en otras palabras, se estaría frente a un individuo poco accesible al mandato normativo. En general, la reincidencia y habitualidad también pueden mostrar las falencias de la organización social y de los sistemas de ejecución penal; con lo cual, la solución, lejos de una agravación de la pena, oscila entre la atenuación o el establecimiento de medidas de seguridad o tratamiento terapéutico.

Sin embargo, no son pocos los autores que justifican estas agravantes; algunos no tienen problema en reconocerlas como manifestación del *derecho penal del enemigo*. Así, POLAINO-ORTS¹⁸ considera que la habitualidad constituye un factor de desestabilización incomparablemente mayor que impide que los ciudadanos afectados puedan confiar tranquilamente en la vigencia de la norma y que, por ello, han de ser combatidos por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz.

Claro que poco o nada podemos esperar de medidas como las agravantes de reincidencia o habitualidad si tomamos en cuenta que la reiteración delictiva no solo pondría en evidencia un alto grado de capacidad criminal, sino también, en muchos casos, una grave desadaptación social o psicológica frente a las cuales la agravación de la pena privativa de libertad resulta totalmente ineficaz.

Con todo, como ya se sabe, el Tribunal Constitucional otorgó legitimidad a las agravantes de reincidencia y habitualidad. En efecto, en sentencia recaída en el Exp. N° 0014-2006-PI/TC, indicó que la figura de la reincidencia no vulneraba los principios de *ne bis in idem*, culpabilidad ni proporcionalidad. Postura que no comparto,¹⁹ pues un mismo hecho es

¹⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política penal en la encrucijada*. Buenos Aires, B de F, 2007, p. 96.

¹⁷ ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires, AD-HOC, 1996, p. 157.

¹⁸ POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*. Lima, Grijley, 2009, p. 226.

¹⁹ Para más precisiones, vid. ORÉ SOSA, Eduardo. El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 0014-2006-PI-TC. En: *Jus-Constitucional*, 2 (2008), pp. 77-90.

valorado tanto para fundamentar una primera condena como para fundamentar la agravante por el subsecuente delito; lo que importa indudablemente una *doble valoración* que afecta el principio *ne bis in idem* en sentido material. Además, no se aprecia cómo un delito anterior puede aportar al desvalor del injusto del nuevo delito; esto parecería conformar, más bien, una *petición de principio*. Y en cuanto a la mayor peligrosidad del agente que se hace residir en una pluralidad delictiva, tampoco queda claro la necesidad preventiva de una sanción agravada que vaya más allá del máximo de la pena abstracta, pues, por el contrario, como señalamos anteriormente, parecen advertirse más bien problemas de adaptación social o psicológica en los que la agravación de la pena resultan inoperantes.

Ahora bien, tal como lo había advertido el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, la reincidencia y habitualidad fueron configuradas tanto como circunstancias comunes (dentro de los criterios de determinación de la pena del ya antiguo art. 46 CP, incs. 12 y 13) como circunstancias cualificadas en los arts. 46-B y 46-C. El Acuerdo consideró que estas agravantes solo debían apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues justamente el sentido de la reincorporación de estas instituciones al derecho penal nacional era permitir agravar la pena por encima del marco punitivo de la pena conminada. Este criterio de interpretación del Acuerdo resultaba cuestionable, pues como circunstancia común, vale decir, como criterio de determinación de la pena dentro del antiguo art. 46, la reincidencia y habitualidad servían para dosificar la pena dentro del marco punitivo de la pena conminada conjuntamente con los demás criterios de determinación judicial de la pena, esto es, era tomado como un criterio más para determinar el grado de culpabilidad del autor. En cambio, como circunstancia cualificada, la reincidencia y habitualidad toman el pasado criminal del agente como *único criterio* para desbordar el marco punitivo de la pena abstracta.²⁰

Esta solución, la que postulaba la eliminación de la reincidencia y habitualidad como criterios de dosificación o individualización de la pena, es la que ha prevalecido; y, así, la Ley 30076 solo reconoce a la reincidencia y habitualidad como circunstancias de agravación cualificada, sin que se las regule como circunstancias de agravación genérica en el segundo inciso del artículo 46 vigente.

a) Reincidencia

El art. 46-B del CP recoge un supuesto de reincidencia genérica y real. Es *genérica*, por cuanto el legislador no exige que el segundo delito sea de igual o semejante naturaleza, bastará con que se trate de un delito doloso. Es *real*, por cuanto se exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta por el primer delito. En este punto, hemos de criticar el hecho de que la Ley 30076 amplíe el ámbito de aplicación de la reincidencia,

²⁰ En este sentido, cfr. ALCÓCER POVIS, Eduardo. El reincidente como “enemigo”: aproximación al tema. En: *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008*. Hurtado Pozo (dir.). García Caverro (coord.). Lima, Fondo editorial de la PUCP, 2009, pp. 256-257.

pues si antes el legislador tomaba como presupuesto el cumplimiento [total o parcial] de una condena a *pena privativa de libertad*, hoy este se extiende a cualquier tipo de pena. En la misma lógica de aplicar esta agravante cualificada a las faltas, el legislador sigue extendiendo esta figura a delitos de bagatela.

El horizonte temporal para configurar la agravante de reincidencia por el segundo delito es de cinco años contados a partir del cumplimiento total o parcial de la pena impuesta por el primer delito (no desde la condena, pues esto habría hecho inoperativa esta institución para los delitos más graves, como el homicidio o el robo, por ejemplo). No obstante, a diferencia del texto anterior, la Ley 30076 exceptúa del plazo de cinco años para la configuración de una agravante por reincidencia a los delitos de parricidio, asesinato, homicidio calificado por condición del agente, feminicidio, lesiones graves a menores, lesiones graves por violencia familiar, secuestro, trata de personas, violación sexual de menor, hurto agravado, robo agravado, receptación agravada, etc. Vale decir, en estos casos no interesará determinar el tiempo transcurrido entre el cumplimiento de la primera condena y el segundo delito, pues así hayan pasado diez, veinte o treinta años, la recaída en estos delitos se verá sancionada con la aplicación de esta agravante cualificada.

En la reincidencia básica, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo de la pena conminada. En la reincidencia cualificada según la naturaleza del delito cometido (asesinato, robo agravado, violación de menor, etc.), el juez aumenta la pena *en no menos de dos tercios* por encima del máximo de la pena conminada. El texto anterior señalaba como límite máximo la cadena perpetua, aunque el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 ya se había encargado de poner como tope máximo los 35 años. La Ley 30076 omite toda referencia a un límite máximo, con lo cual, es de esperar que se mantenga la interpretación hecha por el citado Acuerdo. Fíjese lo desproporcionado que puede resultar esto. Dentro de la lista de delitos en los que se puede aplicar la reincidencia cualificada está el hurto agravado (previsto en el art. 186). Con lo cual, un subsecuente delito de hurto mediante destreza o escalamiento, al menos formalmente, podría ser sancionado con una pena entre 10 y 35 años, cuando el máximo estipulado para este delito se cifra en los seis años de pena privativa de la libertad.

Comparto la opinión de Benavente²¹ en el sentido de que la reincidencia cualificada resulta aplicable cuando la primera y segunda condenas se corresponden con los mismos delitos mencionados en el segundo párrafo del artículo 46-B, esto es, asesinato, lesiones graves a menores o por violencia familiar, secuestro, violación de menor, robo agravado, etc. En otras palabras, parece conveniente tomarlo como un supuesto de reincidencia [cualificada] específica, en el que ambos delitos son los mismos y, por tanto, de idéntica gravedad. Postulamos pues una interpretación restrictiva de esta agravante cualificada, a pesar de que la redacción de la norma, en este punto, es imprecisa. De estar ante un delito distinto, así se encuentre incluido dentro de la lista de delitos configuradores de

²¹ BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano. Aspectos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales*. Lima, Normas Legales-Gaceta Jurídica, 2011, pp. 151-152.

una reincidencia cualificada, entendemos que se debe apreciar solo el supuesto de reincidencia básica.

b) Habitualidad

En cuanto a la habitualidad, los requisitos que han de concurrir para que se configure esta agravante son los siguientes: la comisión de al menos tres hechos punibles, que se trate de delitos dolosos, que sean de igual naturaleza y que hayan sido perpetrados en un lapso de 5 años sin que medie condena sobre alguno de ellos (como señala el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116). Naturalmente, debemos descartar para la configuración de esta agravante los supuestos de delito continuado y concurso ideal, casos en los cuales deben sujetarse estos a sus propias reglas.

La habitualidad sí resulta compatible con el concurso real, de ahí que el Acuerdo 1-2008/CJ-116 establecía como regla que los efectos punitivos de la agravante por habitualidad solo se aplicaban en el tercer delito cometido en el lapso de 5 años y luego se sumaban la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos de concurso real, claro está, observando los límites fijados por los arts. 50 y 51, esto es, la pena total no debía ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de 35 años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso correspondía cadena perpetua, solo se aplicaba esta sanción excluyéndose las demás.

En la habitualidad, el juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo de la pena conminada del tercer delito. En la forma cualificada, según se trate de delitos de acusada gravedad, se aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo de la pena conminada hasta los 35 años, sin que sean aplicables los beneficios de penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En el caso de la habitualidad, la Ley 30076 no solo amplía los supuestos de habitualidad cualificada a otros delitos (parricidio, receptación agravada, marcaje y otros), sino que admite la habitualidad en las *faltas* dolosas contra la persona o el patrimonio, caso en el cual el horizonte temporal o plazo –en el que se pueden cometer tres o más faltas para configurar dicha agravante– no es de cinco, sino de tres años. Más criticable resulta el hecho de que en los supuestos de reincidencia y habitualidad de las faltas, según el modificado artículo 440 inc. 3 del Código Penal, deba reprimirse “con pena privativa de libertad del *delito* aplicable”, y que, estos mismos casos, según el inc. 5 del mismo artículo, se sujeten a las normas de prescripción del artículo 80 del Código Penal. En buena cuenta, para el legislador, una pluralidad de faltas cambia la naturaleza del injusto cometido.

A modo de conclusión

Considero que las modificaciones operadas en virtud de la Ley 30076, en especial las referidas a reincidencia y habitualidad, al tratamiento de las faltas, las que buscan limitar

el acceso a beneficios penitenciarios o muchas otras que por razones de espacio no se han podido abordar en este breve comentario, se inscriben en un proceso de endurecimiento del sistema penal, el mismo que parte de una fe ciega en el Derecho punitivo o en el empleo del Derecho penal con fines simbólicos, demagógicos o coyunturales.

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