

PROBLEMAS DE PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACION LEGAL DE LA PENA

VICTOR JIMMY ARBULU MARTINEZ¹

ASPECTOS CONCEPTUALES

La determinación judicial de la pena es el proceso por el que el juez luego de declarada la culpabilidad de un imputado fija la pena concreta, con la aspiración teleológica que la pena aplicable sea justa.

Uno de los problemas que ha generado polémica en los fueros judiciales es respecto de la proporcionalidad de la sanción. Esta proporcionalidad tiene una configuración jurídica y no matemática

La proporcionalidad desde una perspectiva matemática es una relación o razón constante entre diferentes magnitudes que se van a medir, y lo más cercano a los bienes jurídicos serían las denominadas magnitudes escalares. Si aplicamos la proporcionalidad matemática a la magnitud del injusto entonces estamos ante un modelo punitivo retributivo, de mal por mal o de del ojo por ojo diente por diente. La ley del Talión es lo más cercano a esta proporcionalidad, reconocida en el Código de Hammurabi, el Antiguo Testamento o el Corán.

En el derecho musulmán nos encontramos con sanciones que incluso desde el tamiz de la proporcionalidad matemática va más allá, como la lapidación de la mujer infiel que puede llegar a la muerte o el corte de la mano a quien ha robado² y esto tiene que ver con la jerarquía de valores en el mundo musulmán, donde la infidelidad es de una magnitud mayor frente a la vida humana. Si bien la idea del Talión era la identidad, o la reciprocidad, dependía como se fijaba esa relación, de allí que vemos que es desproporcionada pues la magnitud del injusto con la sanción no mantiene una relación constante.

En el caso nacional tenemos que para poder avanzar a desarrollar o justificar racionalmente la pena, la premisa normativa debe estar correctamente configurada y esto no es así, pues hemos visto que por el fenómeno del populismo punitivo, se ha quebrantado el sistema de penas del Código Penal de

¹ Docente universitario de la Facultad de Derecho de la UNMS. Ponencia presentada en el CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL "EL DERECHO PENAL PERUANO EN EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA: 30 AÑOS DE VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL, 30 AÑOS DEL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL"; organizado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2021

² Versículo 5: 33 del Corán «Y, al ladrón y a la ladrona, cortadles la mano en pago de lo que hicieron, como escarmiento procedente de Dios. Y Dios es poderoso, sabio».

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-sanciones-en-derecho-musulman-y-su-influencia-en-el-derecho-de-los-paises-arabes/>

1991 y aseveramos que esto es de responsabilidad del legislador quien es el que diseña la política criminal.

La explicación es que el legislador recogiendo el reclamo ciudadano por mayor seguridad, tiene una errónea idea que esto se resuelve solamente con el incremento de la punición lo que conlleva a que legalmente la sanción sea desproporcionada. Entonces tenemos que un individuo culpable con merecimiento de pena al aplicarle una sanción desproporcionada, con una pena privativa de libertad excesiva, prácticamente es secuestrada por el Estado afectando así su dignidad personal y poniendo en cuestión el *Ius Punienti*.

Una expresión de este fenómeno punitivista es el proyecto de reforma del código penal que fue aprobado por la comisión de Justicia el año 2016 pero que nunca llegó al pleno del parlamento. Si bien la novedad fue incorporar sistemáticamente los delitos contra la Humanidad, sin embargo era una repetición de los demás tipos penales clásicos, y en los que la adición principal era el aumento de penas. Si un delito tenía de 4 a 8 años de pena privativa de libertad, en ese proyecto se reproducía el mismo delito pero se aumentaba la pena de 6 a 10 años sin ninguna justificación, pues carecía de una exposición de motivos.

Podemos apreciar la distorsión de la pena con estos ejemplos

Primero

Hagamos una comparación entre el delito de Secuestro con el de Homicidio Calificado y Homicidio Simple

El secuestro que protege el bien Jurídico Libertad Personal reprime a quien la priva según el Art. 152 del Código Penal a una pena de 20 a 30 años. Si el agraviado es diplomático la pena va de 30 a 35 años y si **la víctima es menor de edad o mayor de 70 años la pena es de cadena perpetua**

El sujeto activo del delito de Homicidio calificado teniendo como víctimas, a un adulto, un menor de edad, o un diplomático, asesinados con la agravantes de previstas en el tipo, esto es asesinar por ferocidad lucro o placer, o para facilitar u ocultar otro delito, crueldad y alevosía, si fuese declarado culpable tendría una pena privativa de libertad de 15 a 35 años.

La conclusión es que el legislador considera que el bien jurídico vida humana, vale menos que la libertad personal. Si lo comparamos con el Homicidio Simple, esto se pone peor porque el espacio legal punitivo según el Art. 106 del Código Penal es de 6 a 20 años, lo que nos lleva a esta contradicción

En el Homicidio simple, si el delincuente mata a un niño la pena máxima que se le impondría sería de 20 años, pero si lo secuestra le darían cadena perpetua.

Sin la vida no se podría hablar del goce de otros derechos.

Segundo

El delito de Violación Sexual, previsto en el Art. 170 del Código Penal sanciona el atentado contra la libertad sexual con pena de 14 a 20 años de privación de libertad, y con agravantes de 20 a 26 años y el delito de Homicidio Simple Art. 106 del Código Penal que va de 6 a 20 años de prisión si una persona mata a otra.

El legislador valora más la Libertad Sexual de un adulto que la Vida Humana. Si el homicida mata a la víctima la pena mínima es de 6 años, y si la viola sexualmente, la sanción mínima es de 14 años.

Tercero

En delitos contra la vida observamos también incongruencias. Por ejemplo el delito de Femicidio cuando se mata a una mujer por su condición de tal en contextos de violencia familiar, Art. 108 B del Código Penal sanciona con privación de libertad de 20 a 35 años. Si la víctima, mujer, es menor de edad de 30 a 35 años. Y se impone la cadena perpetua si concurren dos agravantes

Concurso de agravantes

Si el agente actúa con 0.25 gramos de alcohol por litro de sangre, o en estado de ebriedad y la víctima es menor de edad la pena es de cadena perpetua. Se ha considerado una eximente de disminución de la punibilidad como agravante, al contrario de lo establecido en el artículo 20 del Código Penal, respecto a la alteración de la conciencia, salvo que esta agravante se considere como una actio libera in causa, es decir el agente se embriaga para cometer el delito, figura cuestionada duramente por Zaffaroni quien dice que este comportamiento es preexistente a la configuración del delito por lo que no puede formar parte de su estructura.

El feminicidio en la lógica de relieves la discriminación histórica de la mujer, ahora desde la perspectiva punitiva el legislador valora más la vida de una mujer discriminada que la de un varón pues el contexto de violencia familiar por ejemplo no figura como agravante en el Homicidio Calificado, por lo que la norma aplicable para la víctima varón sería el previsto en el artículo 106 del Código Penal, con pena de 6 a 20 años mientras que para la mujer víctima sería de 20 a 35 años.

Cuarto

Otro caso es el delito de Robo Agravado, que sanciona a quien sustrae con amenaza o violencia patrimonio con pena de 12 a 20 años de privación de libertad, y 20 a 30 años si se causa lesiones a la integridad de la víctima y cadena

perpetua si causa lesiones graves o muerte de víctima. Si lo equiparamos en su modalidad básica con el delito de Homicidio Simple Art. 106 del Código Penal que es de 6 a 20 años, concluimos que el legislador valora más el patrimonio que la vida humana.

Los punitivistas dirán entonces que si hay este problema de desproporción con el Homicidio Simple, entonces subamos la pena en este delito, que ya no sea de 6 a 20 años, sino de 15 a 20 años, para guardar distancia con la pena mínima de 12 años en Robo Agravado. Entonces estaríamos estimulando a ese monstruo que es el populismo punitivo y esta no es la solución que planteo, sino una revisión integral del sistemas de penas, partiendo como premisa o fundamento una jerarquización de bienes jurídicos tutelados por el derecho penal.

EL DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD Y EL CASO BUSCAGLIA

Uno de los factores de deslegitimación del proceso inmediato fueron las sentencias que se impusieron a personas que habían cometido el delito de violencia y resistencia a la autoridad, y que en su momento se consideraron desproporcionadas, siendo el caso más mediático y discutido por juristas, con posturas a favor y en contra, el de la señora Silvana Buscaglia Zapler quien faltó a un efectivo policial, le tiró el casco y en audiencia de proceso inmediato se sometió a terminación anticipada siendo condenada a seis años ocho meses. Por defensa defectuosa interpuso apelación de la sentencia, y fue rechazada por carecer de legitimidad. Interpuso queja por denegatoria de apelación, y la Sala Superior por mayoría, rechazó su pedido. En julio del 2016 fue indultada por el saliente mandatario Ollanta Humala dentro de un clima de protesta por la sanción desproporcionada.

El delito de violencia y resistencia a la autoridad ha sufrido a lo largo de los años desde la puesta en vigencia del Código Penal en 1991, de una serie de modificaciones bajo un mismo patrón, el aumento de las penas por lo que es necesario determinar si estas responden a criterios de proporcionalidad en relación con los supuestos fácticos de la norma.

En la legislación original, en el tipo básico, la sanción era de 1 a 3 años, y se aumentó de 2 a 4 años.

Las formas agravadas han sufrido cuatro modificaciones con la misma tendencia, aumento de penas y ampliación de circunstancias. La agravante que el perjudicado por el delito fuese funcionario público en ejercicio de sus funciones como jueces, fiscales o policías se incorporó el 2006 con una pena de 4 a 7 años para pasar luego el 2007 de 6 a 12 años y finalmente el 2013 de 8 a 12 años. Las razones de este aumento han sido acontecimientos de violencia de la protesta de las comunidades contra industrias extractivas como la minería o petróleo. Sólo recordemos los sucesos de Bagua y Conga y también el caso del

mercado La Parada donde fueron gravemente lesionados miembros de la policía nacional o asesinados.

Si bien las realidades sociales políticas y económicas de otras naciones son diferentes a la nuestra, no deja de ser útil el tratamiento de la legislación comparada respecto del delito de violencia y resistencia a la autoridad para tenerlo como material análisis.

En la legislación alemana podemos observar que la sanción contra quien atenta contra un funcionario público es hasta 2 años de pena privativa de libertad. La pena aumenta a 5 años si es que el agente usa arma o pone en peligro de muerte. En España la pena va de los 2 a los 4 años y en Italia de 6 meses a 5 años

Guatemala sanciona el delito con pena de 1 a 3 años, y si hay agravante de 1 a 4 años. En Bolivia la sanción va de un mes a 1 año mientras que si hay violencia en Brasil se sanciona con pena de hasta 3 años de privación de libertad.

En el caso chileno, en el que hay una tradición de respeto a los carabineros tenemos que en el tipo básico la sanción tiene como la pena de reclusión en su grado mínimo esto es de 5 a 10 años. Si hay agravantes como a mano armada la sanción es de reclusión en su grado medio que va de 10 a 15 años.

Costa Rica sanciona de 1 a 5 años cuando el afectado fuese autoridad. En Cuba la pena es de 1 a 3 años. México de 1 a 2 años y en Nicaragua de 1 a 3 años.

Podemos afirmar que en Perú en supuestos análogos a los de la legislación comparada salvo Chile las sanciones son más severas.

Por ejemplo en el caso de Violencia contra la autoridad Agravada como delito consumado, en el que se ha dicho debe operar en toda su extensión el sistema de tercios, la pena en su tercio mínimo va de 8 años a 9 con 4 meses que es la que se aplicó a la señora Buscaglia, mas la bonificación procesal por terminación anticipada quedó la sanción en 6 años 8 meses de privación de libertad.

Empleando una metáfora, podemos decir que el sistema de tercios es un auto de última generación pero que transita en una carretera con baches y sin pavimentar, que es nuestro actual sistema de penas, resultado del populismo punitivo.

UNA SOLUCIÓN DESDE LA CORTE SUPREMA Y EL ACUERDO PLENARIO N.º 1-2016/CIJ-116

La Corte Suprema a raíz del cuestionamiento del proceso inmediato por las penas desproporcionadas, desarrollo una sesión plenaria para interpretar las agravantes del delito de violencia y resistencia a la autoridad y la determinación

de la pena, aprobó el N.º 1-2016/CIJ-116 y considero que existía una sobrecriminalización del delito.

Si bien el Congreso, es la institución del Estado que fija la política criminal, los jueces vía la interpretación judicial respetando la parte dispositiva pueden realizar la hermenéutica conforme a la Constitución, y si no se puede hacer es menester ejercitar la facultad de control difuso. La Corte Suprema señaló que el principio de proporcionalidad recae sobre *dos ámbitos concretos: la proporcionalidad del tipo penal y la proporcionalidad de la pena a imponer y que no sólo es posible ante excesos en la conducta incriminada o la pena, sino que es posible aplicarla a casos donde el legislador realizó una protección defectuosa*. Dice el supremo tribunal que la interpretación conforme a principios viene a corregir una situación de injusticia creada por la falta de precisión de la norma, o, por la ausencia de la misma. Los principios fundamentales por analizar, enunciativa y no exclusivamente, son: **EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.**”

La Corte Suprema estableció un primer criterio limitador señalando que *“la agravante del artículo 367º del Código Penal, **debe operar de manera residual y subsidiaria a la eficacia de otros delitos que involucran formas de daño ocasionados dolosamente por terceros contra la vida, la salud o la libertad de efectivos policiales cuando estos actúan en ejercicio de sus funciones** como Homicidio Calificado por la condición funcional del sujeto pasivo (artículo 108º A). • Sicariato (Artículo 108º C, inciso 5). • Lesiones Graves Dolosas (Artículo 121, párrafos 5º y 6º). • Lesiones leves Dolosas (Artículo 122º, Incisos 3, literal a y 4). • Injuria (Artículo 130º). • Secuestro (Artículo 152º inciso 3).”*

La circunstancia agravante tiene que ver con las lesiones causadas a miembros de la policía nacional en ejercicio de sus funciones, pero como la norma no delimita el grado de las lesiones, la Corte Suprema empleando el mismo criterio que aplicó en su momento al delito de Robo Agravado, establece la gravedad de la pena a partir de las clases de lesiones contra la policía, porque es distinto un caso donde el policía solo es injuriado, o cuando se le lesiona provocando una equimosis con menos de 10 días de atención facultativa o cuando es herido gravemente con arma de fuego u objeto contundente.

En la línea de una interpretación sistemática y conforme a la Constitución que si en el acto de violencia o intimidación con la autoridad no produjo lesiones, o estas fueron menores de 10 días de atención facultativa equivalente a una falta, la pena sería no mayor de 3 años, y si son equivalentes a lesiones leves la pena será de 3 a 6 años, y si son lesiones graves de 6 a 12 años.

El tribunal supremo hizo precisiones respecto de criterios de atenuación, o pautas para la determinación de la pena y señalando que *actos como el empujar a un miembro de la Policía Nacional del Perú, cuando este ejerce sus funciones, o el afectar su honra a través de insultos o lanzándole escupitajos, no pueden ser consideradas como formas agravadas porque dichas conductas no son suficientemente idóneas para afectar el bien jurídico con una intensidad o fuerza adecuadas para impedir que la autoridad cumpla sus funciones; la pena,*

entonces, **que cabría aplicar en tales supuestos no puede ni debe ser la conminada en el artículo 367°.**

La Corte Suprema hace una digresión importante, respecto a las causales **de disminución de punibilidad como cuando el agente del delito se encuentre bajo notorios efectos del consumo de alcohol; o cuando aquel sólo se resiste a su propia detención y_ que en tales caso el juez debe decidir la pena a imponer siempre por debajo del mínimo legal, tal como lo dispone el artículo 21° del Código Penal.**³

La Corte Suprema dio a conocer una propuesta modificatoria que debía ser remitida por Sala Plena al Congreso de la República, básicamente para fijar una reforma que considere sanciones más leves por hechos, que sin dejar de ser faltamiento a la autoridad no tienen el grado de lesividad que justifiquen penas altas.

“La pena será no menor de seis meses ni mayor de dos años de pena privativa de libertad o prestación de servicios a la comunidad de veinticuatro a ciento cuatro jornadas, cuando los actos de intimidación o violencia no revistan gravedad.”

La iniciativa de la Corte Suprema hasta ahora no se ha concretado en una ley, sin embargo podemos apreciar las dificultades hermenéuticas por las que ha atravesado, originado por una deficiente estructuración de las penas en el delito de violencia a la autoridad, y por si esto fuera poco tenemos que en la línea de agravación de penas el legislador ha derribado instituciones que funcionaban como criterios de proporcionalidad, tales como la prohibición de la imputabilidad restringida por edad o la prohibición de bonificación procesal por procesos de simplificación procesal como la terminación anticipada o procedimientos como la conclusión anticipada por delito de feminicidio, en una suerte de ataque al fundamento de ellas, siempre bajo la lógica del punitivismo. Ha anulado dichas instituciones porque permiten la reducción de la sanción.

Por otro lado introdujo la reincidencia y la habitualidad como circunstancias agravantes cualificadas.

ALCANCES DE LAS RESTRICCIONES LEGALES EN MATERIA DE IMPUTABILIDAD RELATIVA ACUERDO PLENARIO N° 4-2016/CIJ-116

Problema

La Corte Suprema planteo la necesidad de examinar la constitucionalidad de las restricciones legales con relación a la responsabilidad restringida debido a la edad.

Respecto de la responsabilidad restringida

³ Artículo 21.- En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

La Corte Suprema realiza una descripción de la institución de responsabilidad restringida desde su inserción en el Código Penal de 1991 señalando que es una **eximente incompleta de responsabilidad penal**, y en sus orígenes no contemplaba ninguna excepción por razón del delito cometido. Posteriormente se incorporaron progresivamente excepciones a esta eximente incompleta en atención a determinados delitos, considerados muy graves como violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado y apología, “criminalidad organizada, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, genocidio, desaparición forzada y tortura”.

Eximente imperfecta del artículo 22 del Código Penal

Como parte del endurecimiento de la política criminal, el legislador estableció prohibiciones de aplicación de responsabilidad restringida en tipos penales de gravedad, ubicando esta restricción en el injusto y fuera de la culpabilidad su escenario natural. Esto trae varias interrogantes ¿cómo un menor de 21 años puede comprender mejor un delito de robo agravado que un delito de lesiones leves? ¿Cuál es el elemento para fijar esa diferencia? ¿Tienen algún sustento constitucional? La Corte Suprema consideró que esta diferencia atentaba contra el derecho a la igualdad.

Advierte la Corte Suprema que para la medición de la culpabilidad se fija un parámetro cuantitativo para la disminución de la punición y que se centra en la capacidad de reconocimiento de ilicitud conductual, por lo que la diferenciación en su aplicación solo para tipos penales leves no tiene justificación. La diferencia no puede sustentarse en el injusto sino en la culpabilidad.

La Corte Suprema autoriza la inaplicación de la prohibición del instituto de responsabilidad restringida, por ser violatoria del principio de igualdad, razonamiento que compartimos por su claridad argumentativa.

Los efectos de esta interpretación es que en sentencias de revisión como la N° 572-2019 emitida por la Corte Suprema y que fue presentada por el accionante o condenado, al amparo porque del artículo 439, inciso 6, del Código Procesal Penal que establece que un motivo de revisión se presenta: “Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema”. Y que en este caso la Corte Suprema de Justicia, a través de decisiones específicas y de una de carácter general –que han dado lugar a numerosas sentencias de casación, entre otras la número 588-2019/Cusco, de veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno–, consideró **inconstitucional las exclusiones incorporadas al artículo 22 del Código Penal** y que la Sala Superior que emitió la sentencia cuestionada en revisión no tuvo en cuenta estas decisiones del

Tribunal Supremo que inciden, propiamente, en la incompatibilidad de dichos cambios normativos con la Constitución y habiendo acreditado que el demandante tenía más de dieciocho y menos de veintiún años de edad resolvió declarar fundada la acción de revisión y reformar la pena original que era de 12 años de privación de libertad, a 10 años.

La desproporción del sistema de penas también ha merecido recientemente un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el expediente **413-2021-PHC-TC** del 26 de agosto de este año, respecto al delito de Robo Agravado. El razonamiento del supremo interprete de la Constitución fue de la siguiente forma:

11. La razonabilidad y proporcionalidad deben estar presentes tanto en el proceso de formación de una ley como en el de su aplicación. El legislador y el juez deben ponderar las sanciones dependiendo de la gravedad de los delitos. No pueden establecerse e imponerse sanciones que no respondan a la naturaleza del hecho ilícito y al daño causado.

12. Las penas previstas para el delito de robo agravado han tenido seis modificaciones a lo largo de los casi treinta años de vigencia del Código Penal. Pocas normas penales sustantivas han tenido tanta falta de continuidad y una vida tan abrupta. Tanto cambio puede haber hecho perder de vista su necesario ajuste con la Constitución.

13. Desde 1991, las penas previstas para el delito de robo agravado en el Código Penal han sido las siguientes:

Ley Pena mínima Pena Máxima

Texto Original (8 de abril de 1991) 3 años 8 años

Ley 26319 (1 de junio de 1994) 5 años 15 años

Ley 26630 (21 de junio de 1996) 10 años 20 años

D. Leg. 896 (24 de mayo de 1998) 15 años 25 años

Ley 27472 (5 de junio de 2001) 10 años 20 años

Ley 29407 (8 de setiembre de 2009) 12 años 20 años

Vigente: Ley 30076 (19 de agosto de 2013) 12 años 20. años

Constata el Tribunal Constitucional que

14. La tendencia general de estas modificaciones ha sido incrementar las penas correspondientes al delito de robo agravado. En 1998, la pena mínima original llegó a multiplicarse cinco veces. Luego, el 2001, se redujo en un tercio, para volver a aumentar el año 2009.

15. Actualmente, la pena mínima, para el delito de robo agravado, es cuatro veces más que la establecida en el texto original del Código Penal. Al comparar esta pena con las fijadas para delitos que afectan bienes jurídicos como la vida o la libertad, es claro que no guardan proporción.

16. El robo agravado tiene una sanción significativamente mayor que la prevista para el homicidio simple, el aborto sin consentimiento, la trata de personas y el trabajo forzoso.

17. *Por ello, la pena privativa de la libertad de doce años que le fue impuesta al favorecido resulta contraria a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, más aún si, conforme se señala en la sentencia de vista, el favorecido no registra antecedentes penales.*

18. *Por ello, corresponde inaplicar el primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, pues establece una pena mínima exorbitante para la sanción del delito de robo agravado. Así, si el juez penal considera que la sentencia a emitir es una de naturaleza condenatoria, no debe considerar este mínimo, pudiendo imponer una pena no menor a la mínima prevista para el tipo base robo.⁴*

El Tribunal Constitucional en esta sentencia dictada el 26 de agosto de este año, ha ordenado que el Juez vuelva a emitir pronunciamiento respecto de la pena impuesta.

Aquí no estamos frente a la imputabilidad restringida, pues el Tribunal lo que está indicando que incluso para alguien que no tenga ese supuesto de la edad que lo beneficia, está expuesto a una pena irracional.

REINCIDENCIA, HABITUALIDAD COMO CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES CUALIFICADAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

En el Programa de Marburgo de 1882⁵ Franz Von List decía: *“Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, así el cáncer de los cada vez con mayor rapidez crecientes delincuentes habituales penetra en nuestra vida social... Se trata de un miembro, pero del más importante y peligroso, en esa cadena de fenómenos sociales patológicos que acostumbramos a llamar con el nombre global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, estafadores y gentes del mundo galante en el más amplio sentido de la palabra, degenerados psíquicos y físicos. Todos ellos forman un ejército de enemigos básicos del orden social, en el que **los delincuentes habituales** constituyen su Estado Mayor.”*

Von List proponía un tratamiento de rigor al habitual como: *“La prisión perpetua o, en su caso, de duración indeterminada, en campos de trabajo, en «servidumbre penal», con estricta obligación de trabajar y con el máximo aprovechamiento posible de la fuerza de trabajo; sin excluir como pena disciplinaria la pena de azotes, y con la consiguiente pérdida obligatoria y duradera de los derechos civiles y políticos, para marcar el carácter deshonroso*

⁴ "Artículo 188.- Robo. El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años."

⁵ Muñoz Conde, Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo, Valencia, Tirant Lo Blanch 2003, p. 41

*de la pena. El aislamiento individual sólo operaría como sanción disciplinaria, en celda oscura...*⁶

Enrico Ferri afirmaba que los delincuentes habituales, por costumbre adquirida, suelen iniciarse en la delincuencia cuando son jóvenes, y se ven arrastrados luego a la costumbre crónica del delito por el medio social, las compañías y el ambiente.⁷

Lo que queremos sostener es que el concepto de reincidencia tenía conexión con la habitualidad. Jiménez de Asúa decía que las nuevas concepciones legales mantienen el concepto viejo de la reincidencia, instalando junto a él la habitualidad. Agregaba el maestro: *“...esa distinción se funda en este punto de vista, circulante entre los Códigos de hoy, de tipo marcadamente sincrético: Unas veces, el reo delinque una vez y recae de nuevo. Entonces no hay lugar a suponer aún que la pena fracasó en él, que quedó ya sin personalidad de Derecho penal. Pero otras veces —las más—, la reincidencia es múltiple, y los varios hechos con que el delincuente vulneró la norma no son más que la expresión de un estado personal: la habitualidad.”*⁸

Además, afirmaba que la respuesta al habitual debía tener un grado de singularidad en relación con un delincuente ocasional. *“El habitual es, pues, un incapaz para la pena, que se encuentra en estado peligroso, contra quien es necesario defenderse con medidas de carácter especial.”*⁹

Continuaba Jiménez sosteniendo: *“En los tiempos que alborean, y, sobre todo, en el futuro inmediato, la habitualidad desplazará al vetusto concepto de reincidencia. Ya no interesa tanto la repetición de un delito, y vale más el indicio de peligrosidad, la tendencia arraigada al crimen, que acaso un primer acto delictivo es capaz de revelar. En suma: el criterio jurídico de la reincidencia se ve reemplazado por el concepto antropológico de habitualidad y profesionalismo de que hemos de ocuparnos más adelante.”*¹⁰

Esta digresión doctrinaria, nos permite concluir que la habitualidad es una multirreincidencia, la que solo puede determinarse a efectos de agravar la pena cuando existan varias condenas en calidad de cosa juzgada. En la jurisprudencia nacional no hay una definición clara respecto a la habitualidad y se ha mantenido un criterio de elevar la sanción cuando la persona ha cometido varios delitos sin que haya sentencia condenatoria como cosa juzgada. Basta el simple trámite, y la pregunta cae de madura ¿si es absuelto en uno de esos casos?Cuál es el efecto sobre la pena ya impuesta. Condenar como habitual a alguien que tiene varios procesos en trámite sin sentencia es violar de manera flagrante la presunción de inocencia. De allí que sostengamos que la habitualidad como una forma de reincidencia plural o multirreincidencia ha sido incorporada a la legislación penal con esas debilidades y vicios de constitucionalidad en su aplicación.

⁶ Muñoz Conde, Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo, Valencia, Tirant Lo Blanch 2003, p. 41

⁷ Citado por Guillermo Cabanellas 6ta edición Diccionario Jurídico elemental. Heliasta. 2006

⁸ Citando a Carlos Roeder, Jiménez de Asúa, Luis, Principios de derecho penal. La ley y el delito, Abeledo Perrot, Tercera edición, 1957, Buenos Aires p, 537

⁹ Ibidem, p. 138

¹⁰ Ibidem, p. 542

Todo esto nos trae como reflexión que existe una necesidad de realizar una reforma profunda de estos institutos y de la propia doctrina jurisprudencial mayoritaria, interpretándolos conforme a la Constitución.

El tema de reincidencia y habitualidad nos obliga a remitirnos a los motivos porque estos institutos no fueron incorporados al promulgarse el Código Penal actual y lo encontramos en la exposición de Motivos que dice:

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

La Comisión Revisora del Código Penal expresamente señalaba que esos institutos tenían sustento en la denominado Derecho Penal de Autor. Consideraba además que se violaba el principio del Ne bis in ídem.

Esta posición es cuestionada en este contexto por el ex miembro del Tribunal Constitucional Javier Alva Orlandini que fue quien presidió la Comisión Revisora del Código Penal de 1991 en su voto singular de la sentencia N° 0014-2006-/TC quien respecto a la Ley que introduce la Reincidencia y la habitualidad dice:

“En rigor, la Ley N° 28726 no infringe ninguna norma constitucional. El Legislador ha optado por una política criminal distinta a la que originariamente consagró el Código Penal de 1991.”

Esta Política Criminal aludida responde a un nuevo escenario de delincuencia que no existía en la época que se dictó el Código de 1991 y que la calificó de alarmante.

El cuestionamiento a esos institutos es que retorna a un derecho penal de autor y que además viola el principio ne bis in ídem. Zaffaroni dice sobre la reincidencia: *“Este derecho penal imagina que el delito es síntoma de un estado del autor, siempre inferior al del resto de las personas consideradas normales. Este estado de inferioridad tiene para unos naturaleza moral y, por ende, se trata de una versión secularizada de un estado de pecado jurídico, en tanto que para otros es de naturaleza mecánica y, por lo tanto, se trata de un estado peligroso.”*¹¹

El derecho penal de autor a partir de su vida anterior, de sus antecedentes penales estigmatiza a la persona no posibilitando su resocialización. Se

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Derecho Penal. Parte general. Volumen I. Editado por Ediar. Buenos Aires. 2000.p. 63

considera que el elemento criminal es innato en esta persona, lo que lo lleva a delinquir. La desaprobación tomando en cuenta su modo de vida incide en el principio de culpabilidad, por eso autores como Bacigalupo se refieren a la culpabilidad de autor y para establecerla se parte del hecho típico y antijurídico que abre la posibilidad de un juicio sobre el comportamiento social del autor en general, antes y después del hecho.¹² Este penalista define la otra posición, que es la culpabilidad por el hecho, que significará que se deberá considerar únicamente el hecho delictivo y no el comportamiento anterior al mismo y concluyendo que entre ambas la “culpabilidad por el hecho” es la que brinda mayores garantías.¹³

Hay que considerar que en la Sentencia TC N° 0014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2007 en el Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el Congreso de la República, el supremo tribunal constitucional estimó que la reincidencia y la habitualidad no son inconstitucionales

El TC centrándose en el análisis del principio de culpabilidad que se infiere del principio de legalidad y el de proporcionalidad que tiene conexión con la Constitución, crea la figura de principio de culpabilidad constitucional que considera que un reincidente que ha cometido un delito previo, esto es una agravante y corresponde una reprobación mayor.

El TC maneja la noción de reincidencia como *una circunstancia específica en que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de **sus conductas anteriores**, con miras a determinar la graduación de las penas.”*

Que en el caso de la reincidencia no se sanciona nuevamente al culpable dice el TC sino que se tiene en cuenta sus antecedentes a efectos de la reprobación de la conducta a la que no hay que confundir con la sanción.

El TC obviamente haciendo un esfuerzo por declarar constitucional la reincidencia y habitualidad argumenta que el Parlamento diseña la Política Criminal y dicta las Leyes por eso está legitimado para establecer sanciones dentro del marco constitucional. Ha desarrollado el principio de culpabilidad para decirnos que no se sanciona al agente por el hecho anterior sino que esta es una agravante para un nuevo hecho. Hay un esfuerzo de argumentación, pero lo cierto que la agravación de la sanción toma como referencias conductas, porque al fin y al cabo los tipos penales son conductas prohibidas, y el antecedente penal es una conducta prohibida, sin causa de justificación, culpable y sancionada con la calidad de cosa juzgada, y esta es la que ha sido incluida como elemento para poder sancionar con más fuerza. ¿Es una doble penalización?, claro que sí, eso está más claro, porque se revive la conducta anterior ya juzgada y se le agrega a esta nueva conducta prohibida y la suma de ellas da como resultado una nueva sanción para esta conducta reciente. ¿Alguien puede negar que no se esté sancionando a esta persona por la conducta anterior? Pues no, pero para al tribunal esto no es inconstitucional

¹² BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. 4ta Edición. Madrid.1997. p. 299

¹³ Ibídem

El Acuerdo Plenario 1-2008 sobre reincidencia, habitualidad y determinación de la pena considera que la reincidencia una institución polémica y su finalidad responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. La prevención especial es aquella que se dirige contra el delincuente. Admite que el Tribunal Constitucional, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, ha considerado que la agravante de reincidencia no es incompatible con dicho principio.

Dicen los jueces supremos que el reincidente es quien por la repetición de hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el aumento de punición se orienta a reprimir esa inclinación delictiva.

La reincidencia y la habitualidad, desde ya cuestionables elevan las penas legalmente.

La primera eleva hasta una mitad por el máximo legal y en los delitos graves como el robo agravado no menos de dos tercios del máximo

Si el robo es de 12 a 20 años, dos tercios sobre el máximo que serían 160 meses o 13 años más cuatro meses

El nuevo mínimo sería 20 años y el máximo 33 años más cuatro meses.

Si ya la pena es desproporcionada como lo sostiene el Tribunal Constitucional, la reincidencia la profundiza.

Las debilidades del sistema de tercios

Desde su aprobación por la Ley 30076 el sistema de tercios para la determinación de la pena, que incorporó una forma de realizar dosimetría en las sanciones sin embargo para delitos consumados ha establecido parámetros que si son sorteados bajo principios de mínima lesividad, o proporcionalidad los jueces tienen a los órganos de control sobre ellos. Si bien su mérito fue ir contra la determinación de penas de forma arbitraria sin justificación o razones para fijarlas, se ha ido a un plano cuasi matemático que coloca un corsé a los jueces al momento de llegar a la pena concreta.

El profesor Prado Saldarriaga, que ha estudiado la determinación de la pena ha buscado sistematizar y precisar conceptualmente los factores de agravación o atenuación de la pena. Las circunstancias genéricas, las circunstancias específicas, y otras causas de disminución y la bonificación premial por confesión sincera, terminación anticipada, colaboración eficaz, o la conclusión anticipada del juicio oral, pero que se pierde cuando hay una distorsión en el sistema legal de penas.

Como pues en este contexto de crisis del sistema de penas, podemos referirnos a esa especie de artificio de relojería que nos ha fijado el legislador

con la Ley N° 30076, el sistema de tercios, con sus circunstancias genéricas, específicas, agravantes, o causas de disminución de la sanción y los casos de bonificación procesal.

CONCLUSIONES

1. El sistema de penas del Código Penal se encuentra en una grave crisis que ha desdibujado el perfil preventivo inicial, para hacerlo casi exclusivamente retributivo, profundizándose esta crisis con la introducción de la reincidencia y la habitualidad.
2. Es urgente una reforma del Código Penal en el sistema de determinación de las penas, pues la aplicación del sistema de tercios al llegar a una pena concreta puede ser esta ínsitamente una pena injusta.
3. La intervención de la academia se hace necesaria en esta reforma, debiendo impulsarse una propuesta desde la facultad de Derecho de San Marcos.
4. Como salida inmediata, los jueces, deben aplicar el control difuso por conflicto con la Constitución como lo ha venido haciendo la Corte Suprema, que también debe convertirse en un actor en esta reforma dada sus facultades de iniciativa en la formación de las leyes.