

La Reforma Penal en el Perú y la Determinación Judicial de la Pena

Víctor Roberto Prado Saldarriaga*

«Este artículo pretende introducirnos en la manera en que el juez peruano fundamenta y determina la pena de quien es reputado como sujeto activo de un delito. Para ello, realiza una correcta sistematización de las normas relacionadas con el tema que, dicho sea de paso, se encuentran esparcidas en el Código Penal de una manera no muy útil. Finalmente, nos muestra las deficiencias y propuestas para una adecuada movilización de la pena.»

Introducción

Una grave limitación del Código Penal Peruano es su escasa y dispersa normatividad sobre la determinación judicial de la pena. Efectivamente, si buscamos y revisamos las disposiciones al respecto, encontramos que ellas se encuentran repartidas en artículos aislados de la parte general y en asistemáticas normas de la parte especial e incluso de la legislación procesal penal vigente.

Este disperso sistema normativo complica, pero no anula, las posibilidades dogmáticas para la configuración de un procedimiento uniforme de determinación judicial de la pena. Sobre todo por las características de conminación penal de **tipo ecléctico** que ha asumido históricamente nuestra legislación y donde para cada delito el juez tiene un marco legal que se ha construido con un mínimo y un máximo de pena, dentro de cuyos límites éste deberá decidir la calidad y extensión concreta de la sanción aplicable. El Código Penal vigente, para esto último, sólo aporta algunos principios y menor número de reglas técnicas. Con relación a los primeros cabe señalar algunos artículos del Título Preliminar, como aquellos que asignan una **función preventiva** a la sanción punitiva en los artículos I y IX. Asimismo, los que imponen la obligación jurisdiccional de adecuar las decisiones de penalidad a las exigencias de los **principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad** en los numerales II, IV, V, VII y VIII.

En torno a las segundas, encontramos las reglas que definen **criterios de fundamentación y determinación de la pena** en el artículo 45° que

demandan apreciar «*las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.* Y también las que describen **circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en los artículos 46°, 46° A, 46° B y 46° C** y que sirven para dimensionar y medir la mayor o menor gravedad del injusto realizado, así como el mayor o menor grado de culpabilidad que posee el autor o partícipe del hecho punible.

Ahora bien, como un soporte lógico y constitucional de dicho marco legal se coloca el deber de fundamentación de las resoluciones judiciales que consagra y garantiza el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución de 1993.

Como podemos deducir, el Derecho nacional concede al juez un amplio arbitrio para cumplir su tarea funcional de individualizar en el caso concreto la pena aplicable, bajo el único control de la justificación interna y externa de los resultados. Por tanto, más que por obra de la Ley, depende de la aleatoria capacidad técnica y ética del operador judicial obtener como resultado una **pena justa**, finalidad única de la determinación judicial de la pena. Este estado de la cuestión es preocupante, como señala CALVETE RANGEL, por la alta frecuencia con la cual, en los países de nuestra región, los afanes sobrecriminalizadores del legislador someten a prueba permanente la ecuanimidad y legitimidad del arbitrio de la judicatura. En efecto, constantemente se coloca al juez ante límites penales absurdos o desproporcionados y frente a los cuales sólo su inteligencia, unida a un sólido compromiso constitucional, puede resguardar las posibilidades

* Catedrático de Derecho Penal. Vocal Titular de la Corte Suprema.

mediatas de una pena justa evitando la inmediata y latente arbitrariedad e injusticia punitivas (Cfr. Ricardo Calvete Rangel. La Dosificación de la Pena, en Dos Mil Tres Mil. Nº 1, 1996, p. 92). Lamentablemente, la experiencia acumulada por la jurisprudencia nacional muestra que tales carencias y riesgos se han reflejado en las decisiones judiciales a través de un proceder arbitrario y sin motivación real ni suficiente como lo hemos expuesto en otros estudios que hemos realizado sobre esta materia.

Sin embargo, a nuestro entender, el problema central no es sólo la existencia de una regulación normativa deficiente y general, sino la falta de un procedimiento práctico y, a la vez esquemático que, sin complejidades, oriente al juez en tan delicado y trascendente quehacer. Esto es, se necesitan reglas claras y de fácil instrumentalización que a la vez que ayudan al órgano jurisdiccional a transitar y/o justificar el *iter* de la determinación punitiva, lo limitan razonablemente en el uso del amplio poder que actualmente tiene para decidir la extensión de la pena aplicable al autor o partícipe culpable de un delito.

En el presente estudio queremos sustentar un diseño teórico que coadyuve a superar tal situación, mediante la elaboración de un procedimiento operativo de determinación judicial de la pena y que examine el desarrollo jurisprudencial operado para ello en los últimos años. Naturalmente, serán contenidos específicos de nuestro análisis las oportunidades que brinda para dicho fin el Código Procesal Penal de 2004, al tratar de la sentencia penal, así como los aportes al respecto que hace el actual proceso oficial de revisión del Código Penal.

Concepto, Función y Necesidad de la Determinación Judicial de la Pena

El órgano jurisdiccional, en una sentencia penal, emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento, él se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al procesado (juicio de subsunción). Luego, a la luz de la evidencia existente, decide sobre la inocencia o culpabilidad de éste (declaración de certeza). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal, deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida (individualización de la sanción).

La **determinación judicial de la pena** tiene relación con esta última decisión judicial. Su función, por tanto, es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito. Se trata, pues, de un procedimiento técnico y valorativo de **individualización de sanciones penales**.

Por consiguiente, en términos concretos, podríamos señalar que la expresión *determinación judicial de la pena* alude a toda la actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar, de modo cualitativo y cuantitativo, la sanción a imponer en el caso sub iudice. Esto es, mediante él se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulte aplicable. Al respecto, desde un enfoque más general, JESCHECK precisa que la «*determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende, como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como las de las consecuencias accesorias*» (Hans-Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Segundo. Bosch. Barcelona, 1981 p. 1189).

“Por consiguiente, en términos concretos, podríamos señalar que la expresión *determinación judicial de la pena* alude a toda la actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar, de modo cualitativo y cuantitativo, la sanción a imponer en el caso sub iudice. Esto es, mediante él se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulte aplicable”

En el siguiente ejemplo podemos esquematizar esta actividad judicial. Se trata de un caso de autoaborto que conforme al artículo 114º del Código Penal puede ser reprimido «**con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas**». Para determinar la pena aplicable a la

autora culpable del delito, el juez deberá de examinar y decidir sobre varios aspectos:

- a. Primero, si aplica una pena privativa de libertad o una pena de prestación de servicios a la comunidad.
- b. Segundo, la extensión que tendrá la sanción elegida, sea como tiempo de privación de libertad o como número de jornadas de servicios comunitarios a cumplir.
- c. Finalmente, deberá concretizar si la pena privativa de libertad se cumplirá de modo efectivo o si cabe la suspensión condicional de su ejecución. O, en su defecto, señalar el lugar y modalidad del cumplimiento de los servicios comunitarios que fuesen asignados.

Ahora bien, para considerar y justificar el resultado correspondiente a cada una de estas decisiones, el juez tendrá que apreciar los distintos factores objetivos y subjetivos que estuvieron presentes en el caso para, luego, relacionarlos con aquellas reglas de métrica penal que establece la Ley. De esta manera, podrá identificar la gravedad del delito (**antijuricidad del hecho**) y el grado de responsabilidad del autor o participe (**culpabilidad del agente**). Es de señalar que en el desarrollo operativo de este procedimiento, la autoridad judicial va incorporando un elemento ideológico que vincula los diferentes objetivos y funciones que se atribuyen a la pena y que se detallan en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal de 1991 (prevención general, resocialización, proporcionalidad).

En la legislación y en la doctrina especializada esta actividad judicial también recibe otras denominaciones como **aplicación de la pena, individualización judicial de la pena o dosificación de la pena**.

El órgano jurisdiccional tiene que determinar la pena correspondiente al caso por una razón de técnica legislativa. Efectivamente, la conminación abstracta que tiene la pena en la Ley se expresa, generalmente, en magnitudes abiertas o semi abiertas donde sólo se consigna una extensión mínima o máxima. En el caso de nuestra legislación penal esa es la técnica legislativa utilizada. Por tanto, cada delito tipificado en la Parte Especial del Código Penal o en Leyes Especiales o Accesorias a él tiene señalada una o más penas a partir de extremos de duración o realización mínimos o máximos. Así, por ejemplo, el homicidio simple-que tipifica el artículo 106º de nuestro código sustantivo-tiene como sanción conminada una pena privativa de libertad cuyo mínimo es de seis años y cuyo máximo es de veinte años. En consecuencia, pues, la realización culpable y comprobada judicialmente de un homicidio simple,

conlleva a que el juez competente deba determinar entre ambos límites punitivos la extensión concreta de pena privativa de libertad que corresponde imponer al autor o participe de dicho delito.

Resumiendo, entonces, podemos precisar que la determinación judicial de la pena comprende todo el procedimiento que permite evaluar, decidir y justificar el tipo, extensión y, en determinadas circunstancias, la modalidad de ejecución de la pena que resulta aplicable. Sin embargo, como sostiene GARCÍA CAVERO, «*este proceso no está desprovisto de ciertas líneas de orientación legalmente previstas, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad judicial. La individualización de la pena está sometida al principio constitucional de la proporcionalidad, el cual se encuentra concretado en un conjunto de criterios específicos establecidos en el Código Penal que el juez penal debe observar de manera especial*»(Percy García Caverro. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Grijley. Lima. 2008, págs. 709 y 710).

Etapas de la Determinación Judicial de la Pena

Determinación Legal y Determinación Judicial de la Pena

Según DEMETRIO CRESPO, resulta necesario y pertinente distinguir conceptualmente entre **determinación legal de la pena**, lo que la doctrina alemana designa como **Strafbemessung**. Y la **determinación o individualización judicial de la pena** a la cual los autores germanos denominan **Strafzumessung**.

Según el autor citado: «*En el primer estadio el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando unas penas máximas y otras mínimas para cada delito conforme a la gravedad del mismo. De este modo se pone a disposición, después, un espacio de juego (Spielraum), o marco penal (Strafrahmen). A este estadio pertenece, también, la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En la individualización judicial de la pena por el juez, este asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el legislador*» (Eduardo Demetrio Crespo. Prevención General e Individualización de la Pena. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1999, p. 41 y 42).

Operativamente, pues, la determinación judicial de la pena se estructura y desarrolla en base a etapas o fases que debe transitar el juez. Tradicionalmente, la doctrina y la legislación han identificado en este procedimiento dos etapas secuenciales: **la identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta**.

La Identificación de la Pena Básica

El primer paso en el proceso de determinación judicial de la pena es precisar los límites de la pena o penas aplicables. Se trata de la etapa denominada **identificación de la pena básica**. A través de ella el juez establece un espacio punitivo que tiene un mínimo o **límite inicial** y un máximo o **límite final**. En el ejemplo antes utilizado del delito de homicidio simple, la pena básica o aplicable tendría un límite inicial o mínimo de seis años y un límite final o de veinte años. Sin embargo, en aquellos delitos donde, por defecto de técnica legislativa, sólo se ha considerado en la pena conminada uno de tales límites, sea el mínimo o el máximo, el juez debe de integrar el límite faltante en base a los que corresponden genéricamente para cada pena y que aparecen regulados en la Parte General del Código Penal, al configurarse el catálogo o precisarse las características específicas de cada pena. En la legislación peruana, ello ocurre en el caso del delito de asesinato que tipifica el artículo 108° y donde la pena privativa de libertad conminada alude únicamente a un límite mínimo -o inicial- de 15 años. En tal supuesto, el juez, para completar su pena básica, deberá recurrir a los límites genéricos que establece el artículo 29° que trata de las penas privativas de libertad. Según ellos el órgano jurisdiccional agregará el límite máximo -o final- faltante.

La Individualización de la Pena Concreta

En la segunda etapa del proceso de determinación judicial de la pena, le corresponde al juez la **individualización de la pena concreta** dentro del espacio y límite prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se trata, pues, de un quehacer exploratorio y valorativo que se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso. La pena concreta será la que realice el *jus puniendi* del Estado en el infractor en una sentencia condenatoria y que deberá cumplir el autor o partícipe culpable del delito.

La Determinación Judicial de la Pena de Multa

Según lo señala el artículo 41° del Código Penal, **en el caso de la pena de multa la determinación judicial de la pena se realiza en base al modelo de los días-multa**. Las reglas al respecto también se operativizan a través de la sucesión de etapas mediante las cuales se debe llegar a definir el monto de dinero que como importe de la pena de multa, deberá abonar el condenado.

Esquemáticamente, el procedimiento de determinación judicial de la sanción pecuniaria comprende tres etapas que deberá transitar el Juzgador. En primer lugar, él debe decidir el **número concreto de días-multa** que corresponda al grado

de culpabilidad del imputado y a la gravedad del delito sub-judice. Luego, el juez señalará la cantidad de dinero que representa cada día-multa o **cuota diaria dineraria**, atendiendo, para ello, a la capacidad económica del condenado, la cual se identificará en base a un promedio de su renta diaria de ingresos, deduciendo de ella los gastos de manutención, educación, pago de impuestos, etc. Por último, el órgano jurisdiccional multiplicará el número de día-multa por el valor de la cuota diaria dineraria. El producto resultante se transformará en nuevos soles y será el **importe total de la multa** que deberá pagar el sentenciado, dentro de los 10 días siguientes de emitida la condena.

Las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal

Concepto, Función y Clases

Las **circunstancias** son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan analizar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (**antijuridicidad del hecho**); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (**culpabilidad del agente**). Mediante las circunstancias se puede apreciar, pues, si un delito es más o menos grave y a partir de ello, ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe. **Portanto, la función principal de las circunstancias no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del quantum o extensión de la pena concreta aplicable al hecho punible cometido.**

Las circunstancias pueden ser objeto de varias clasificaciones. Sin embargo, atendiendo a las características de nuestra legislación penal, consideramos pertinente utilizar tres criterios de clasificación que toman en cuenta la **naturaleza, efectividad y relación con la pena conminada** de las circunstancias.

Circunstancias Genéricas, Específicas y Elementos Típicos Accidentales

Por su **naturaleza**, las circunstancias pueden ser comunes o genéricas, especiales o específicas y elementos típicos accidentales.

Son **comunes o genéricas** las circunstancias que se regulan en la Parte General del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito. En la legislación nacional tales circunstancias se encuentran reunidas, principalmente, en el artículo 46°.

En cambio las circunstancias **especiales o específicas** se regulan en la Parte Especial y en

conexión funcional sólo con determinados delitos. Ese es el caso de las circunstancias previstas en los incisos del artículo 186° y que operan exclusivamente con el delito de hurto (Artículo 185°); o de aquellas que enumera el artículo 297°, que están consideradas para el delito de tráfico ilícito de drogas (Artículo 296°).

Por último, los **elementos típicos accidentales** son aquellas circunstancias que, añadidas a un tipo legal básico, se integran con él y determinan la configuración de un tipo derivado privilegiado o cualificado. Ese es el caso del delito de parricidio (Artículo 107°), donde la circunstancia del vínculo entre los sujetos activo y pasivo configuran una forma calificada de homicidio.

Circunstancias Agravantes, Atenuantes y Mixtas

En razón a su **efectividad**, las circunstancias pueden ser atenuantes, agravantes o mixtas. Son **atenuantes** aquellas que por señalar un menor desvalor de la conducta ilícita realizada o un menor reproche de culpabilidad sobre el agente de la misma, producen como efecto la consideración o aplicación de una pena menor. Como ejemplo de estas circunstancias atenuantes en el Derecho Penal peruano está la realización de delitos contra el estado civil por un móvil de honor y que se consigna en el artículo 146° del Código Penal.

Las circunstancias **agravantes**, en cambio, al indicar un mayor desvalor del comportamiento antijurídico ejecutado o un mayor reproche de culpabilidad sobre su autor, generan como efecto la conminación o imposición de una pena más grave. Por ejemplo, es una circunstancia agravante, reglada en la legislación penal vigente, la comisión de un delito de hurto al interior de una casa habitada (Artículo 186°, inciso 1° del Código Penal).

Y son circunstancias **mixtas** las que, operativamente, pueden producir, según la decisión político criminal del legislador, un efecto agravante o atenuante. Ello ocurre, por ejemplo, con la circunstancia del parentesco. Efectivamente, el parentesco del autor con la víctima es una circunstancia agravante en el delito de lesiones graves (Artículo 121°), pero actúa como excluyente de punibilidad para determinados delitos patrimoniales como el hurto o los daños (Artículo 208°).

Circunstancias Cualificadas y Privilegiadas

Una tercera clasificación toma como criterio morfológico la **relación de la circunstancia con la pena conminada**. Aquí se ubican las circunstancias cualificadas o privilegiadas. La característica común de este tipo de circunstancias es que su presencia genera la configuración de un nuevo marco de

conminación penal. Es decir, con ellas se modifican los límites legales, mínimo o máximo, de la pena conminada para el delito.

Efectivamente, si se trata de **circunstancias cualificadas** se produce una modificación ascendente de la conminación penal que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo. Ejemplo de ello es la circunstancia cualificada de la reincidencia regulada en el artículo 46° B del Código Penal. Según dicha disposición, tal circunstancia motiva un nuevo extremo máximo de la pena y que será para dicho tipo de agravante «...un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido». En estos casos, la pena básica se extenderá hasta este nuevo máximo legal.

En cambio, cuando concurre en el caso una **circunstancia privilegiada** lo que varía, de modo descendente, es el mínimo legal original y que será sustituido por uno nuevo e inferior. Un ejemplo de esta clase de circunstancia lo encontramos en el artículo 22° del Código Penal, el cual, valorando la edad del agente al momento de comisión del delito, permite al juez imponer una pena concreta cuya expresión cuantitativa estará siempre por debajo del mínimo legal conminado para el hecho punible realizado.

Es frecuente encontrar en un caso penal, sobre todo cuando este es complejo por la pluralidad de delitos o de agentes, la presencia conjunta de varias circunstancias de igual o distinta naturaleza y efectividad. Esta presencia múltiple de circunstancias configura lo que la doctrina denomina **concurencia de circunstancias**. La determinación de la pena concreta, en estos supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el **Juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente**.

Por tanto, todas las circunstancias presentes en el caso *sub judice* deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significa, por ejemplo, que mientras mayor sea el número de circunstancias agravantes concurrentes-la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará el resultado de la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido. Por último, frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo ubicarse la

penalidad concreta en el espacio intermedio entre los límites inicial y final de la pena básica. Sobre esta última opción resulta importante lo expuesto por GONZALES CUSSAC: «*Dicha compensación deberá ajustarse a un correcto uso del arbitrio judicial que deberá ser motivado en la sentencia. Si esta compensación no fuere 'racional', no vemos impedimento alguno para que fuere susceptible de impugnarse en casación.*

En tales supuestos, el Tribunal está capacitado para recorrer toda la extensión de la pena, imponiéndola en el grado que estime oportuno según la compensación racional de unas y otras» (José L. González Cussac. Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Universidad de Valencia. Valencia, 1988, p. 222).

Ahora bien, la eficacia de las circunstancias concurrentes quedará siempre limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación o atenuación. La proyección, pues, de principios rectores o de garantías procesales como el *ne bis in idem* exige, en estos casos, que el juez aplique un test de compatibilidad a todas las circunstancias que concurren. Esto es, que cada circunstancia se refiera siempre a un factor o indicador diferente.

Si las circunstancias, luego de dicho examen, resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional deberá, como ya se ha mencionado, valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta.

En tal sentido, cuando las circunstancias concurrentes aluden a un mismo factor, ellas devienen en incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia específica excluye a la genérica. Un ejemplo de ello, en base a disposiciones del Código Penal vigente, sería la notoria incompatibilidad de la circunstancia genérica del artículo 46° A frente a la primacía y eficacia de la circunstancia específica prevista por el inciso 1° del artículo 297°. Si bien, en ambas disposiciones, el factor agravante se identifica con la condición de funcionario público del agente, lo específico del delito de tráfico ilícito de drogas cometido por aquel excluye la consideración complementaria o sucesiva de los efectos de la citada agravante genérica para decidir sobre la pena concreta.

Las Circunstancias Genéricas en el Artículo 46°

En el artículo 46° del Código Penal de 1991 se ha regulado un amplio catálogo de circunstancias genéricas o comunes.

El Código Penal derogado de 1924 también contenía un elenco detallado de circunstancias genéricas en su artículo 51°. Con ellas, o a través de ellas, los jueces podían reconocer «**la culpabilidad y el peligro del agente**».

Ahora bien, el legislador nacional en los textos de 1991 y 1924, optó por no agrupar a las circunstancias genéricas en agravantes o atenuantes, como sí lo hizo en el Código Penal de 1863 (Artículo. 9° y 10°). Por consiguiente, pues, conforme a la legislación vigente, corresponde al órgano jurisdiccional la facultad de conceder, en el caso concreto, los correspondientes efectos de aumento o disminución de la penalidad que aporten, con su presencia y naturaleza, las circunstancias concurrentes. No obstante, es pertinente destacar que, por exigencia del deber de motivación, la autoridad judicial deberá razonar y justificar el valor y efectividad que otorgue a tales circunstancias para la definición de la pena concreta aplicable al autor o partícipe del delito.

La doctrina y la técnica legislativa han procurado ofrecer al juzgador un manejo práctico e idóneo de los efectos circunstanciales a través de sistemas de eficacia. Es decir, agrupando las circunstancias reguladas por la ley en función a su naturaleza y efectividad. En tal sentido los juristas y el legislador tienden a dividir las circunstancias en razón de su vinculación con la «**gravedad del hecho punible**» o con la «**personalidad del autor**». En ese sentido, corresponden al primer grupo las siguientes circunstancias: **la naturaleza de la acción, los medios empleados, la importancia de los deberes infringidos, la extensión del daño o del peligro causados, y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión.** Y se relacionan con el segundo grupo de circunstancias: **los móviles y fines; la unidad o pluralidad de agentes; la edad, educación, costumbres, situación económica y medio social; la conducta anterior y posterior al hecho; la reparación espontánea que hubiera hecho del daño; la confesión sincera antes de haber sido descubierto; y los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de la personalidad del infractor.** Cabe señalar que en los precedentes legislativos del Código Penal de 1991 se optó también por dicha técnica legislativa. Ese fue el caso de los Proyectos de octubre 1984 (Art. 60°), de 1985 (Art. 71°) y de 1986 (Art. 70°). Sin embargo, ella no fue ratificada por los Proyectos posteriores de 1989 (Art. 51°), de 1990 (Art. 52°), y de enero de 1991 (Art. 46°). De allí, pues, que el Código Penal vigente conserve un sistema general de circunstancias similar al del Código Penal de 1924, aunque con un número menor de circunstancias genéricas.

Pese a ello, consideramos correcta la posición hermenéutica y dogmática que sostienen BRAMONT

ARIAS y BRAMONT ARIAS-TORRES, en torno a la condición de las circunstancias que se consignan en el **artículo 46°** del Código Penal nacional. Según ellos el citado artículo incorpora circunstancias genéricas que aluden al **grado del injusto o al grado de responsabilidad del agente**. Las primeras hacen «una clara referencia a la cuantía del injusto, es decir al grado de antijuricidad, de contrariedad de la conducta con el derecho, con el orden jurídico». **Aquí se ubican la naturaleza de la acción, los medios empleados, la importancia de los deberes infringidos, la extensión del daño o peligro causado, y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión.** Y las segundas buscan medir «la capacidad para delinquir del agente, deducida de factores que hayan actuado quitándole al sujeto su capacidad para dominarse a sí mismo y superar el ambiente. No se pretende averiguar si el agente podría o no cometer en el futuro ulteriores delitos, sino que debe analizarse el grado de maldad que el agente demostró en la perpetración del delito que trata de castigarse. Se observa el pasado y no el futuro». **Corresponden a esta categoría la unidad o pluralidad de agentes; la edad, educación, situación económica y medio social; la reparación espontánea que hubiere hecho del daño; la confesión sincera antes de haber sido descubierto; las condiciones personales y demás circunstancias que lleven al conocimiento del agente** (Cfr. Luis A. Bramont Arias y Luis A. Bramont-Arias Torres. Código Penal Anotado. 4ª Edición. Reimpresión Actualizada. Editorial San Marcos. Lima. 2003, p. 249).

Sobre la base de los criterios valorativos expuestos haremos un breve examen de los contenidos y alcances hermenéuticos que corresponden a tales circunstancias genéricas:

a. La Naturaleza de la Acción. Esta circunstancia se encuentra también regulada en el Código Penal argentino (Art. 41°, Inc. 1). Como señalaba PEÑA CABRERA, al analizar esta misma circunstancia pero en base al artículo 51° del Código Penal de 1924, ella puede atenuar o agravar la pena (Cfr. Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I. Tercera Edición. Sagitario. Lima. 1987, p. 257 y ss.). Por tanto, permite dimensionar la magnitud del injusto realizado. Para ello, según la doctrina, el juez deberá apreciar varios aspectos como son el tipo de delito cometido o el *modus operandi* empleado por el agente, esto es, la «*forma cómo se ha manifestado el hecho*» (Patricia S. Ziffer. Lineamientos de la Determinación de la Pena. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1996, p. 130 y ss.). Pero, también, el órgano jurisdiccional tendrá en cuenta el efecto psicosocial que aquél produce. De allí, por ejemplo, que constituye circunstancia agravante específica para el delito

de hurto «*la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, o la violación del empleo de claves secretas*» (Art. 186°, segundo párrafo, Inc. 3°).

- b. Los Medios Empleados.** El Código Penal mexicano incorpora también esta circunstancia (Art. 52°, Inc. 1). Y es que la realización del delito se puede ver favorecida con el empleo de medios idóneos. Asimismo, la naturaleza y efectividad dañosa de su uso pueden comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima o provocar graves estragos. De allí que, correctamente VILLAVICENCIO TERREROS estime que esta circunstancia se refiere también a la magnitud del injusto (Cfr. Felipe Villavicencio Terreros. Código Penal. Cultural Cuzco. Lima. 1992, p. 199). Sin embargo, para otros autores, como PEÑA CABRERA que comentaban igual circunstancia en el código ya derogado y predecesor del actual, ella posibilitaba, también, reconocer la peligrosidad del agente (Cfr. Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 259). Un ejemplo de la relevancia de los medios empleados, lo encontramos en la consideración de dicha agravante específica para configurar un homicidio calificado, cuando el agente mata a la víctima empleando «*fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas*» (Art. 108°, Inc. 4).
- c. La Importancia de los Deberes Infringidos.** Es una circunstancia relacionada con la magnitud del injusto, pero que toma en cuenta también la condición personal y social del agente. Resulta, por lo demás, coherente que la realización del delito con infracción de deberes especiales propicie un efecto agravante, en la medida en que el desvalor del injusto es mayor, pues trasciende a la mera afectación o puesta en peligro del bien jurídico. Esto es, el agente compromete, también, obligaciones especiales de orden funcional, profesional o familiar que tiene que observar. En la Parte Especial del Código Penal y en leyes del Derecho Penal complementarias, encontramos, con frecuencia, la consideración específica de esta clase de circunstancia. Al respecto, podemos citar el caso de las lesiones graves o leves que ocasionan los padres a sus hijos menores de edad (Artículo 121° A y 122° A), o el del «*agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil*» que ejecuta desde su posición funcional una operación de lavado de dinero (Art. 3°, inciso «a» de la Ley 27765).

d. La Extensión del Daño o Peligro Causados.

Esta circunstancia se regula también en el Código Penal boliviano (Art. 38°, Inc. 2, *in fine*). Ella indica la cuantía del injusto en su proyección material sobre el bien jurídico tutelado (Cfr. Luis A. Bramont Arias y Luis A. Bramont-Arias Torres. Ob. Cit., p. 249). No obstante, como bien destacaba CORNEJO en alusión al Código Maúrtua, esta valoración corresponde, sobretodo, a la conminación de la pena en cada delito y no a un nivel de circunstancia genérica. Según este autor « *es incongruente con la doctrina que sustenta el Código el considerar la extensión del daño y del peligro causado como un elemento ordinario o genérico que debe tenerse en consideración al aplicarse la pena*» (Ángel Gustavo Cornejo. Parte General de Derecho Penal. Tomo Primero. Librería e Imprenta de Domingo Miranda. Lima, 1936, Ob. Cit., p. 250). De allí, pues, que resulta más adecuada su inclusión como circunstancia agravante específica, tal como se le considera para el delito de robo en el inciso 4 del artículo 189°, párrafo segundo: «*Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica*».

e. Las Circunstancias de Tiempo, Lugar, Modo y Ocasión.

Estas circunstancias también son contempladas por el Código Penal de Costa Rica (Art. 71°, Inc. «c»). Todas se refieren a condiciones tempo-espaciales. Ellas reflejan, principalmente, una dimensión mayor en el injusto, ya que el agente suele aprovecharlas para facilitar la ejecución del delito. En la legislación penal vigente encontramos varios supuestos donde se incluye de modo específico tal circunstancia. Así, por ejemplo, en los delitos de hurto y robo se considera agravante que el delito se ejecute «*con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular de agraviado*» (Art. 186°, Inc. 4) o «*durante la noche o en lugar desolado*» (Art. 189°, Inc. 2). En otros casos estos factores expresan también una actitud inescrupulosa, desafiante y audaz de parte del infractor frente a la Ley y los sistemas de control penal. Ello se observa en el agravante del delito de tráfico ilícito de drogas cuando «*el hecho es cometido en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión*» (inciso 4 del artículo 297°)

f. Los Móviles y Fines. El Código Penal alemán regula también este tipo de circunstancias (Art. 46°2). La motivación y los fines que determinan, inducen o guían la acción delictiva del agente influyen, de modo determinante, en la mayor o menor intensidad de su culpabilidad. Esto es, tales circunstancias coadyuvan a medir el grado de reproche que cabe formular al autor del

delito. Su naturaleza subjetiva es preminente y se expresa en lo fútil, altruista o egoísta del móvil o finalidad. Ya CORNEJO, al referirse a idéntica circunstancia prevista en el Código Penal derogado, había apreciado correctamente que: «*para la aplicación de las penas lo que debe evaluarse es el motivo psicológico en cuanto se relaciona con los fines sociales, y es tanto más ilícito en cuanto más se opone a los sentimientos básicos de la piedad, de la solidaridad, de la cultura en suma*» (A. Gustavo Cornejo. Ob. Cit, p. 242). En tal sentido, en el delito de instigación o ayuda al suicidio, por ejemplo, la penalidad se agrava específicamente «*si el agente actuó por un móvil egoísta*» (Art. 113°, *in fine*). En cambio, el artículo 146° considera que se configura una circunstancia atenuante específica en los delitos contra el estado civil cuando el agente «*comete el hecho por un móvil de honor*».

g. La Unidad o Pluralidad de Agentes. En la legislación penal de Cuba encontramos un supuesto similar en el artículo 53° «a». Tradicionalmente, la doctrina nacional, desde la vigencia del Código Penal de 1924, ha interpretado que la pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima. Asimismo, que esa concurrencia de agentes expresa, necesariamente, un acuerdo de voluntades que se integran para lo ilícito (Ángel Gustavo Cornejo. Ob. Cit., p. 248). Ahora bien, es importante destacar que la pluralidad de agentes expresa siempre una coautoría funcional; esto es, un condominio del hecho. No se puede incluir en esta noción de «*pluralidad*» a los partícipes que sean instigadores o cómplices. El Código Penal vigente califica, con frecuencia, a tal pluralidad como circunstancia agravante específica. Ello ocurre en los delitos de hurto (Art. 186°, Inc. 6), usurpación (Art. 204° Inc. 2) o tráfico ilícito de drogas (Art. 297° Inc. 6).

h. La Edad, Educación, Situación Económica y Medio Social. Una disposición semejante se incluye en el artículo 38°,1a del Código Penal boliviano. Se trata de circunstancias vinculadas a la capacidad penal del imputado y a su mayor o menor posibilidad para internalizar el mandato normativo, así como para motivarse en él y en sus exigencias sociales. Estas circunstancias operan, pues, sobre el grado de culpabilidad del agente y sobre la intensidad del reproche que cabría hacerle. No obstante, VILLAVICENCIO TERREROS advierte, también, que tales circunstancias pueden encubrir superadas concepciones del positivismo criminológico, las que pueden resultar incompatibles con la preeminencia de un

Derecho Penal del acto sobre un Derecho Penal de autor (Cfr. Felipe Villavicencio Terreros. Código Penal. Ob. Cit., p. 198). Cabe anotar que el artículo 45° inciso 1 del código sustantivo también considera, como criterio de fundamentación y determinación de la pena, que el juez atienda a *«las carencias sociales que hubiere sufrido el agente»*. Por tanto, el órgano jurisdiccional debe incluir, también, en la valoración de estas circunstancias las posibilidades reales de interacción e integración que ha tenido el agente con su entorno social y con los patrones de conducta positiva imperantes en él.

- i. **La Reparación Espontánea que hubiere hecho del Daño.** Esta circunstancia toma en cuenta la conducta, posterior al delito, que exteriorizó el agente. A ella también se refiere el artículo 64°, inciso 7 del Código Penal de Colombia. Que el delincuente repare, en lo posible, el daño ocasionado por su accionar ilícito revela una actitud positiva que debe meritarse favorablemente con un efecto atenuante. Sin embargo, es pertinente demandar, como lo hacía PEÑA CABRERA al comentar una disposición similar del Código Penal de 1924 *«que la reparación debe ser espontánea, es decir, voluntaria y, naturalmente antes de la respectiva sentencia. Se entiende que la reparación debe partir del autor y no de terceros»* (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 264).
- j. **La Confesión Sincera Antes de haber sido Descubierto.** La presente es una circunstancia muy común en el Derecho extranjero. Se le regula, por ejemplo, con una redacción algo similar a la peruana en el Código Penal del Ecuador (Art. 29°, Inc. 10). En esta circunstancia se valora, pues, un acto de **arrepentimiento posterior al delito**. Con ello se expresa la voluntad del agente de hacerse responsable por el ilícito cometido y de asumir plenamente las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Esta actitud se destaca en favor del agente, pues con ella se rechaza la frecuente conducta posterior al hecho punible y que se suele orientar hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor. Al respecto, la doctrina elaborada en base a esta circunstancia ha afirmado, desde la vigencia del Código Maúrtua, que: *«hay diferencia notable en el delincuente que huye después de consumado el delito del que se presenta voluntariamente a las autoridades para confesar. Este último muestra arrepentimiento, o por lo menos, asume su responsabilidad, lógicamente, la atenuante es procedente; de suerte que no puede favorecerse al delincuente que huye y regresa después*

acompañado de su abogado» (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 264). Ahora bien, actualmente nuestro sistema penal también considera a la confesión sincera en sede judicial como una atenuante privilegiada en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales. No obstante, la circunstancia del artículo 46° del Código Penal, que aquí se analiza, se diferencia de aquella en tanto equivale a la denominada autodenuncia. De allí que su menor eficacia procesal y probatoria determine que sólo se le conceda la condición de circunstancia genérica.

- k. **Las Condiciones Personales y Circunstancias que lleven al Conocimiento del Agente.** El carácter enunciativo del artículo 46° se complementa con la amplitud circunstancial que la Ley le concede al juez. Efectivamente, él tiene, además, una opción innominada y abierta para interpretar y apreciar otras circunstancias distintas de las expresamente identificadas por cada inciso precedente de dicho artículo. Ahora bien, para evitar contradicciones al principio de legalidad y riesgos de arbitrariedad, el juez deberá especificar en concreto la circunstancia que invoca y su equivalencia con las reguladas legalmente. Sobre todo, debe fundamentar razonablemente cómo es que tal circunstancia resulta idónea para definir un perfil que permite conocer mejor la personalidad del agente. Cabe advertir, sin embargo, que para algunos autores nacionales como VILLAVICENCIO TERREROS esta opción valorativa también *«muestra que aún persisten los criterios positivistas»* (Felipe Villavicencio Terreros. Código Penal. Ob. Cit., p. 200).

Reincidencia, Habitualidad y Concurso Real de Delitos: Nuevos Problemas para la Determinación Judicial de la Pena.

Los Problemas Detectados

No es infrecuente que las reformas de nuestra legislación penal aporten más problemas que soluciones a la realidad político criminal de nuestro país. En ese contexto, pues, el quehacer del operador judicial se constituye en un elemento indispensable para el control de daños y para el manejo equitativo de las consecuencias derivadas de los despropósitos legales. En la actualidad, esa decisión-reacción se ha proyectado en nuevos problemas en la determinación judicial de la pena como consecuencia de la inclusión de agravantes calificadas en los **artículos 46° B y 46° C sobre reincidencia y habitualidad**. Ellas fueron introducidas por la Ley 28726 del 9 de mayo de 2006. Sin embargo, incomprensiblemente, las

mismas circunstancias se incluyeron también en el catálogo de circunstancias genéricas del artículo 46°, como incisos 12 y 13.

Pero también se han detectado otros conflictos operativos para la definición concreta de las penas al relacionar la eficacia de tales agravantes cualificadas con el régimen legal previsto para el concurso real de delitos.

Efectivamente, como ya se ha mencionado, la Ley 28730 del 13 de mayo de 2006 adoptó el **principio de acumulación** como base de la determinación judicial de la pena concreta para dicha forma concursal. No obstante, en el artículo 46° C se construye el agravante de la habitualidad sobre la base de un concurso real de delitos, pero el criterio específico de determinación de la pena concreta resulta formalmente incongruente o implicate con las reglas del artículo 50°. Ello porque, para sancionar la presencia de dicha agravante cualificada *«el Juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal»*.

La disfunción normativa descrita motivó que se evalúen diferentes aspectos de las agravantes sobre reincidencia y habitualidad en los Plenos Jurisdiccionales de Vocales Superiores realizados Lima (2008), Arequipa (2006) y Loreto (2008). El debate se centró en la constitucionalidad de las agravantes mencionadas. Sin embargo, el resultado del mismo aportó decisiones y posiciones contradictorias. Es así que, por ejemplo, los acuerdos adoptados en Arequipa afirmaron la inconstitucionalidad de tales circunstancias y la necesidad de aplicar sobre ellas un control difuso. En cambio, en el Pleno de Lima, los magistrados asistentes acordaron que dichas normas sí eran constitucionales y, por consiguiente, debían ser aplicadas con todos sus efectos.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional, por sentencia número 0014-2006-PI/TC del 19 de enero de 2007, declaró también la constitucionalidad de las normas legales que incorporaron la reincidencia y la habitualidad como circunstancias agravantes.

En consecuencia, pues, el desenlace del aludido debate y sus implicancias para la igualdad en el trato de los procesados, nos indujo a proponer que tal problemática se analice y resuelva en un Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema. Esto es, que la máxima instancia de la justicia penal nacional aborde el conflicto hermenéutico generado y fijen las pautas o criterios más razonables e idóneos para la adecuada utilización judicial de tan controvertidas circunstancias y reglas de determinación de la pena. En dicho espacio de discusión se nos designó ponentes y en tal condición planteamos la evacuación de los siguientes problemas y alternativas:

- a) **La Operatividad Paralela de las mismas Circunstancias en Disposiciones Legales con Funciones Diferentes.** Queda claro que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir, a la vez, las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Si el objetivo político criminal que determinó su reincorporación con la Ley 28726 era sobrecriminalizar tales estados, ellas sólo deberían ser apreciadas en su rol de circunstancias cualificadas, ya que únicamente desde esa condición-ambas calificantes autorizaban agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción prevista para el delito cometido.
- b) **La Eficacia de las Agravantes Cualificadas para la Determinación Judicial de la Pena Concreta.** La condición cualificada de una agravante determina que el juez deberá construir un nuevo marco conminatorio punitivo, donde, como se señaló anteriormente, el extremo mínimo será el máximo de la pena original y el nuevo máximo será el límite fijado para dicho tipo de agravante (**un tercio o una mitad por encima**). **Sólo en este nuevo espacio o pena básica es que el juez buscará la pena concreta.**
- c) **Operatividad de la Agravante Cualificada del artículo 46° C frente a las Reglas sobre Concurso Real y Concurso real Retrospectivo de Delitos.** Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada, se deberían aplicar sus efectos punitivos sólo en la determinación de la pena concreta parcial correspondiente al tercer delito. Y, luego, el juez lo sumaría a las penas concretas parciales de los otros delitos componentes del concurso real. No obstante, el resultado o pena concreta total no debería de exceder los límites y restricciones fijados para tal efecto por los artículos 50° y 51° del Código Penal.
- d) **Elementos de Configuración de las Agravantes Cualificadas de los Artículos 46° B y 46° C.** Se debe asumir que la reincidencia opera sólo hasta los 5 años posteriores al cumplimiento efectivo, parcial o total, de la pena privativa de libertad impuesta por condena anterior (**imposibilidad de reincidencia ficta**). Para la reincidencia se requiere que los delitos sean dolosos y de igual o distinta naturaleza (reincidencia genérica). En cuanto a la habitualidad, se establece que ella se produce solamente en los casos de tres delitos cometidos en un lapso de 5 años sin que medie condena por ninguno de ellos (**reiterancia**). Por tanto se dará la habitualidad

únicamente a partir del tercer delito cometido. Cabe señalar que, en la habitualidad, los delitos cometidos por el mismo agente tienen que ser de igual naturaleza, pues ello indica su inclinación o *modus vivendi* delictual (**habitualidad específica**)

- e) **Determinación de la Pena en caso de Concurrencia de Circunstancias Cualificadas de los Artículos 46 A°, 46° B y 46° C.** Si concurrieran las agravantes calificadas del artículo 46° A (**Calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados o comisión en prisión de delitos graves**) con las de reincidencia o habitualidad se deberán aplicar sus efectos por ser circunstancias compatibles hasta los límites contemplados por dicha norma.

El Acuerdo Plenario N° 1-2008/ Cj-116 sobre Reincidencia, Habitualidad Y Determinación de la Pena

El Acuerdo Plenario N° 1-20087CJ-116 se adoptó en base a lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial en sesión plenaria del 18 de julio de 2008. El Pleno de Vocales Supremos nos ratificó como su ponente y redactor (Cfr. Considerando 5° del Acuerdo Plenario).

Los criterios hermenéuticos asumidos se encuentran contenidos, principalmente, en las consideraciones decimosegunda y decimotercera del citado Acuerdo Plenario.

En la primera de ellas se aportan reglas de orden procesal útiles para identificar la posición de reincidente del imputado, a fin que sea aplicable a su caso el efecto agravante previsto por la Ley. Al respecto se acordó lo siguiente: **«Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos. El primero, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva –que establece la fecha exacta de la excarcelación; en defecto de uno o ambos documentos registrales, ha de contar con copia certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El segundo, como la reincidencia es una circunstancia agravante calificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación, a menos que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis al amparo de lo dispuesto por el artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales. Por tanto, no puede establecerse de oficio sin el debate procesal respectivo, pues ello importaría, además, un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción»**

La segunda de las consideraciones aludidas, reproduciendo gran parte de nuestra ponencia, da solución a los problemas dogmáticos que dieron origen al debate plenario. En concreto se resolvió lo siguiente:

- a) **Sobre la Operatividad Paralela de las mismas Circunstancias en Disposiciones Legales con Funciones Diferentes.** *Queda claro que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplirse a la vez, las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una calificada. Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias calificadas, pues, únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho Penal nacional.*
- b) **Sobre la Eficacia de las Agravantes Cualificadas para la Determinación Judicial de la Pena Concreta.** *La condición calificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la Ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde, tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante calificada, el nuevo máximo de la pena básica será el límite fijado por el artículo 46° B para dicho tipo de agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo original).*
- c) **Sobre la Operatividad de la Agravante Cualificada del Artículo 46° C frente a las Reglas sobre Concurso Real y Concurso Real Retrospectivo de Delitos.** *Siendo la habitualidad una circunstancia agravante calificada se deberán aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y, luego, se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los artículos 50° y 51° del Código Penal (La pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y, si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicará esta sanción excluyéndose las demás).*
- d) **Sobre los Elementos de Configuración de las Agravantes Cualificadas de los Artículos 46° B y 46° C.** *Se debe asumir que la reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el artículo 111° del*

Código Penal de mil novecientos veinticuatro. Además, resulta similar al considerado por el artículo 46° C del Código Penal vigente para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente

En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además, la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiterancia indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad.

- e) **Sobre la Determinación de la Pena Concreta en Caso de Concurrencia de Circunstancias Cualificadas del Artículo 46° A, con las Previstas por los Artículos 46° B o 46° C.** Si concurrieran las agravantes cualificadas del artículo 46° A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las de reincidencia o habitualidad, se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder de los límites contemplados por el artículo 46° A del Código Penal (de treinta y cinco años de privación de libertad).
- f) **Límites de las Penalidad Derivada de las Agravantes de los Artículos 46° B y 46° C.** En coherencia con los límites punitivos fijados en los artículos 29°, 46° A, 50° y 51° del Código Penal, en ningún caso la pena concreta que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad será mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicara dicha pena.
- g) **Eficacia de los Antecedentes Penales Cancelados en los Casos de Reincidencia según los Artículos 46° B y 69° in fine.** La reforma del artículo 69° del Código Penal, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo lugar mediante la Ley número 28730 del trece de mayo de dos mil seis. Esto es, cuatro días después que la Ley número 28726 que introdujo el artículo 46° B del Código Penal sobre la agravante de reincidencia. Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente a la segunda. Siendo así el párrafo

in fine del nuevo texto del artículo 69°, donde se dispone que «la reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena.», derogó el párrafo final del artículo 48° B del Código Penal que establecía que «a los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados». De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la Ley número 28730, la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Ahora bien, esa excepción sólo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del numeral 69° del Código Penal. En todo caso, cuando se haya vencido el plazo de prescripción de la reincidencia acordado en cinco años posteriores a la excarcelación (ver literal 'd'), operará, definitivamente, la cancelación de los antecedentes generados por esa condena.»

Como puede advertirse del contenido y operatividad de la doctrina establecida por el Acuerdo Plenario, los problemas de aplicación de las agravantes cualificadas por reincidencia y habitualidad han quedado plenamente superados. Es más, se han corregido graves defectos y omisiones que contenían las fórmulas legales que introdujo la Ley 28726. En adelante, pues, por ejemplo, **ya existe un plazo de prescripción para la reincidencia y que es de cinco años.** Además, se ha precisado la condición genérica de la misma y que es la que tiene en el Derecho Penal mexicano. De esta manera, la reincidencia de la legislación peruana se distancia de otros modelos legales extranjeros como el español. Por último, se ha logrado compatibilizar la cancelación de los antecedentes penales dispuesta en el artículo 69° del Código Penal con el plazo acordado para la prescripción de la reincidencia.

En lo concerniente a la determinación de la pena se ha esclarecido la naturaleza específica de los delitos que llevan al agravante de habitualidad, así como el efecto de esta agravante en la configuración de la pena concreta para un concurso real homogéneo. Se ha precisado que tal efecto sólo alcanza al tercer delito en cuya penalidad individualizada se tendrá en cuenta el plus de penalidad que fija el artículo 46° C. Además que en ningún caso la pena resultante en tales casos debe superar los toques y límites que fija el artículo 50° del Código Penal.

Por otro lado, se han calificado como compatibles a las agravantes cualificadas de los artículos 46° A, 46° B y 46° C. No obstante, también se ha estipulado que en tales supuestos la pena resultante no deberá exceder, en ningún caso, de 35 años de pena privativa de libertad.

En conclusión, pues, lo expuesto demuestra que el escenario de los Plenos Penales de la Corte Suprema, luego de cuatro ediciones, se consolida como espacio idóneo y eficiente para superar los frecuentes defectos y omisiones que las asistemáticas reformas legales producen en nuestro Derecho Penal positivo, sin necesidad de recurrir al legislador.

Las Posibilidades de Reforma de la Determinación de la Pena en la Legislación Nacional

El **Código Procesal Penal de 2004** dedica tres artículos en el Título VI sobre **La Deliberación y la Sentencia**, que integra el Libro Tercero que regula **El Proceso Común**.

En el **inciso 4 del artículo 392°** se acuerda la elección del **«término medio»** ante la discordia que tengan los jueces al pronunciarse sobre la extensión de la pena concreta a imponer.

Luego, en el **literal e, del inciso 3, del numeral 393°** el nuevo Código Adjetivo precisa que una cuestión específica, sobre la que deben deliberar y votar los Magistrados al elaborar el fallo de condena tiene que ser **«la individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella»**. Aquí se detecta un error técnico, pues conforme al Código Penal vigente ninguna medida de seguridad, sea la internación o el tratamiento ambulatorio, pueden sustituir penas. Pero al margen de este yerro dogmático lo interesante es que **la Ley obliga al juez a determinar la pena aplicable en atención a las circunstancias del caso, aunque no se indica el procedimiento a seguir**, lo cual era necesario dada las limitaciones y generalidad de las reglas que para ello coexisten en el Código Penal vigente.

Por último, **el artículo 397° en su inciso 3**, respetando la primacía del acusatorio y la legalidad de las circunstancias, prohíbe al juez **«aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación»**. Debemos entender que la parte *in fine* de dicha disposición alude, entre otros supuestos, a una falta de circunstancias atenuantes privilegiadas; o de aquellas causales imperfectas de justificación o exculpación que producen la efectividad punitiva regulada en el artículo 21° del Código Penal.

Por consiguiente, debemos inferir, dado el escaso aporte que brinda el Código Procesal Penal de 2004, que las oportunidades inmediatas para dar mejor operatividad a la determinación judicial de la pena se encuentran, de momento, vinculadas a la revisión oficial del Código Penal de 1991. Efectivamente, cabe

destacar que la Comisión Especial Revisora del Código Penal, creada por Ley 29153, aprobó, entre el 4 y 11 de noviembre de 2008, un nuevo modelo regulador del procedimiento de determinación de la pena. El texto aprobado tuvo como fuente la propuesta que presentamos al Pleno de la Comisión en representación del Poder Judicial y que a continuación describiremos brevemente.

En concreto se modifican los contenidos de los artículos 45° y 46° del Código Penal de 1991. Además, se incluyen nuevos contenidos para los numerales 47°, 48° y 49°.

Sistemáticamente, el nuevo esquema regulador de la determinación judicial de la pena tiene la siguiente estructura morfológica:

- El **artículo 45°** define los presupuestos de fundamentación y determinación de la pena.
- El **artículo 46°** regula el procedimiento judicial de individualización de la pena.
- El **artículo 47°** sistematiza las circunstancias atenuantes genéricas de atenuación.
- El **artículo 48°** enuncia el catálogo de circunstancias agravantes genéricas.
- El **artículo 49°** está referido a las circunstancias cualificadas de atenuación y agravación

Seguidamente examinaremos, de modo puntual, cada uno de estos dispositivos precisando las reformas que introduce, así como sus presupuestos normativos y reglas operativas:

En el **artículo 45°** se incorpora como contenido adicional al texto original del inciso 1: **«la posición preminente que ocupe en la sociedad»**. De esta manera, se incluye este nuevo criterio de fundamentación y determinación de la pena como alterno al preexistente, que únicamente alude a las **«carencias que hubiere sufrido del agente»**. Con ello se pretende que el juez tenga en cuenta, para su decisión punitiva la situación del poderoso que delinque usufructuando su posición de privilegio. También la reforma del artículo que analizamos modifica el inciso 3, sustituyendo el término **«intereses»** por el de **«derechos»**, que se estima es más amplio, pues comprende tanto aspectos patrimoniales como no patrimoniales.

El **artículo 46°** contiene los cambios más trascendentes. En primer lugar, dispone expresamente que toda condena debe fundamentar de modo suficiente y explícito los **«motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena»**. De esta manera se impone desde la Ley, como

deber del juez, el justificar su decisión punitiva y, por ende, de desarrollar un procedimiento coherente y técnico para individualizar la sanción aplicable al caso.

En segundo lugar, se describen con precisión las etapas que deberá transitar el órgano jurisdiccional para determinar la pena. Al respecto el citado artículo precisa lo siguiente:

- 1) Se ratifica lo ya previsto en el texto original de 1991, en el sentido de que los factores centrales para la individualización de la pena se relacionan con el grado de reprochabilidad que cabe hacer al agente por su proceder antijurídico (culpabilidad del agente); y con el grado de desvalor que merece la conducta antijurídica realizada (antijuricidad del hecho). Asimismo, se advierte que los indicadores que sirvan para todo ello (circunstancias) no deben ser componentes típicos ni circunstancias específicas. Con ello se evita la doble valoración de un mismo indicador o circunstancia (incompatibilidad).
- 2) Se esquematiza el procedimiento operativo que debe seguir el juez, de la siguiente manera:
 - Identificar la **pena básica** como espacio punitivo en base a la pena fijada en la ley para el delito (pena conminada)
 - Determinar la **pena concreta**, aplicable al condenado, evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes.
 - Dividir el espacio punitivo de la pena básica en tres partes.
 - Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del **tercio inferior**.
 - Cuando concurren circunstancias de agravación y atenuación, la pena concreta deberá determinarse dentro del **tercio intermedio**.
 - Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes la pena concreta deberá determinarse dentro del **tercio superior**.

También, en la nueva redacción del artículo 46º, se describe un procedimiento operativo especial, para el caso de presencia de **circunstancias atenuantes o agravantes cualificadas**. En tales supuestos se procederá del modo siguiente:

Tratándose sólo de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determinará **por debajo del tercio inferior**.

Tratándose sólo de circunstancias agravantes, la pena concreta se determinará **por encima del tercio superior**.

Tratándose de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determinará **dentro de los límites de la pena básica**.

El **artículo 47º** reproduce el catálogo de circunstancias atenuantes genéricas. El legislador ha considerado se consideran 8 supuestos de atenuación que son los siguientes:

1. Carencia de antecedentes penales.
2. Obrar por móviles nobles o altruistas.
3. Obrar en estado de emoción, pasión o temor excusables.
4. Influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares.
5. Procurar voluntariamente la disminución de las consecuencias del delito.
6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado.
7. Presentarse voluntariamente a las autoridades admitiendo responsabilidad.
8. La edad del imputado, si ello influyó en su conducta.

En el **artículo 48º** se han insertado 13 circunstancias agravantes genéricas que son las que se detallan a continuación:

1. Que la acción recaiga sobre bienes de utilidad social o recursos necesarios para la satisfacción de necesidades básicas de la colectividad.
2. Que la acción incida sobre bienes o recursos públicos.
3. Que concurren móviles abyectos o fútiles; o mediando precio, recompensa o promesa remuneratoria.
4. Que concurren móviles de intolerancia y discriminación social, étnica, ideológica, religiosa; o a las creencias, sexo, enfermedad o discapacidad de la víctima.
5. Que se empleen medios cuyo uso puede generar peligro común.
6. Que se actúe con prevalimiento, alevosía o de modo subrepticio.
7. Que se intensifique innecesariamente las consecuencias nocivas del delito.
8. Que se abusos del cargo, posición económica, formación, poder, oficio o profesión.
9. Que haya pluralidad de agentes.
10. Valerse de inimputables.
11. Que se dirija o ejecute total o parcialmente el delito desde un centro carcelario o desde fuera del territorio nacional.
12. Que se afecte gravemente el equilibrio de los ecosistemas naturales.

13. Que se emplee explosión, veneno u otro medio de similar eficacia destructiva.

Finalmente el **artículo 49º** regula las circunstancias privilegiadas de atenuación y cualificadas de agravación. Además, en esta disposición se precisa cuales son sus efectos punitivos. Veamos:

- El **primer párrafo** describe como circunstancia privilegiada atenuante la *afectación leve del bien jurídico*. Para este caso la pena se atenuará **hasta una mitad por debajo del mínimo legal**.
- En el **segundo párrafo** se definen dos circunstancias agravantes cualificadas: *la calidad de funcionario público y el abuso de tal condición para la comisión del delito; y la reincidencia*. Para ambos supuestos la pena se incrementará hasta **un tercio por encima del máximo legal** del delito cometido, pero sin exceder del límite temporal máximo de 35 años de pena privativa de libertad. Se mantienen,

pues, las circunstancias que actualmente contienen los artículos 46º A y 46º B del Código Penal, pero se suprime la relativa a la habitualidad que señala el artículo 46º C.

Como se puede inferir el nuevo modelo de determinación judicial de la pena, que ha aprobado el Proyecto de Reforma del Código penal de 2008/2009, procura hacer menos complejo y arbitrario dicho proceso y decisión del órgano jurisdiccional. Además, promueve la fundamentación y justificación del resultado punitivo, a la vez que orienta al juez hacia la solución de casos límites como los que regula el artículo 45º.

Esperamos que esta reforma se formalice pronto, quizás con una enmienda parcial del Código Penal, ya que ella permitirá mejorar la individualización judicial de la pena al momento de la deliberación de la sentencia, pues hará más comprensible el resultado de ese procedimiento para el condenado, su defensa y la sociedad 🇪🇸