

LA REINCIDENCIA VULNERA EL “NON BIS IN IDEM”

Roger A. Cabrera Paredes

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Científica del Perú, Avda. Abelardo Quiñones Km 2.5, Iquitos, Perú.

e-mail: rcabrera@ucp.edu.pe.

RESUMEN

El presente artículo explica como la "*Reincidencia vulnera el Non bis in ídem*"; empezamos con la "**Introducción**" que comprende los antecedentes, la formulación del problema y la justificación de esta investigación. Continuamos con las "**Bases Teóricas**", la misma que comprende el sentido de los principios penales, el principio "*Non bis in Idem*", la Reincidencia y la Problemática de la Reincidencia como vulneración del Principio Non bis in ídem. En la "**Metodología**", encontramos la tipología y metodología de la investigación. En los "**Resultados**", están los análisis y la decisión final de las entrevistas y encuestas a Docentes y abogados especializados en el tema y al personal de Juzgados, Fiscalías y abogados, respectivamente, del Distrito Judicial de Iquitos de la Provincia de Maynas, región Loreto. En la "**Discusión**", explicamos que la Reincidencia debe desaparecer porque va en contra del principio *Non bis in ídem*, colocando en las "**Conclusiones**" nuestra posición.

Palabras claves: Reincidencia, Non bis in ídem, Vulnerabilidad, Inconstitucionalidad.

RECIDIVISM VIOLATES THE “NON BIS IN IDEM”

ABSTRACT

This article explains how the "*Recidivism violates the Non bis in idem*"; we start with the "**Introduction**", including background, problem formulation and justification of this research. Then we continue with the "**Theoretical Basis**", the same that comprises the meaning of penal principles, the principle "non bis in idem", Recidivism and the Problem of Recidivism as a violation of the principle non bis in idem. In the "**Methodology**", we find the type and research methodology. In the "**Results**" there are the analysis and the final decision of the interviews and survey of teachers and lawyers specializing in this area and court personnel, prosecutors and lawyers, respectively, of the Judicial District of Iquitos in the province of Maynas Department of Loreto. In the "**Discussion**", we explained that recidivism should disappear because it goes against the principle of Non bis in idem, placing in the "**Conclusions**" our position.

Keywords: Recidivism, *Non bis in idem*, Vulnerability, Unconstitutional.

INTRODUCCIÓN

- 1.1. ANTECEDENTES:** Tanto nacional como internacionalmente no existe una posición firme con respecto a la vulneración del Principio *Non bis in ídem* por esta figura.
- 1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:** El problema principal es si la Reincidencia vulnera el Principio del *Non bis in Idem*, derechos fundamentales de los procesados o sentenciados. El problema es de naturaleza procesal. Los problemas secundarios se verán en la Delimitación si al aplicar la Reincidencia se vulnera el *Non bis in ídem*.
- 1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:** Las razones son profesionales y el motivo es personal; al tener carácter político el tema, la bibliografía es contradictoria. La conveniencia social es que la sociedad debe conocer más sobre la figura de la Reincidencia y el *Non bis in ídem*, por su envergadura constitucional, siendo la relevancia social que en el futuro se respete el *Non bis in ídem* y no se aplique la Reincidencia.
- 1.4. OBJETIVOS:** Los objetivos generales es demostrar la violación del *Non Bis in Idem*, para ello se analizarán los instrumentos y demostraremos la aplicación de una doble pena al sentenciar por la existencia de antecedentes. Dentro de los objetivos específicos está el uniformizar los criterios doctrinales y jurisprudenciales, siendo el fin distinguir los elementos subjetivos y objetivos de cada delito y aplicar correctamente la norma penal.

BASES TEÓRICAS

2.1. EL SENTIDO DE LOS PRINCIPIOS PENALES

- 2.1.1. Una aproximación a la noción de Principios en general:** En la tradición filosófica griega, el primer principio era llamado *arché*¹, esto es aquello de lo cual derivan las cosas.

En la perspectiva de ARISTÓTELES², la noción de principio posee tres valencias: 1) Guardan especial relación con las causas constitutivas de algo ya que de alguna manera están en la composición del "objeto" del que se habla. 2) Sirven para explicar el punto de partida del conocimiento, análisis e interpretación de algo. 3) Guardan vinculación con el concepto de naturaleza, entendida ésta en un sentido teleológico (final). Por eso, los principios se relacionan en el orden del hacer o del operar con aspectos normativos que exigen alguna congruencia de lo que se hace con relación a un fin o término específico, "intrínseco" o propio de la cosa de la cual se predica.

Lo político y jurídico están vinculados (por eso) con ciertos principios que les dan consistencia y cuyo conocimiento ZAFFARONI explica que el derecho tiene por función posibilitar la existencia, lo que implica asegurar la coexistencia, necesaria para la vida humana.³ De allí que el derecho penal, a través de la noción material de seguridad jurídica, asegure la coexistencia en la medida que garantiza a cada quien la disponibilidad de lo que fuere necesario para su realización.

Los principios penales tienen un sentido normativo, pues suponen la existencia de bienes y fines a realizar. Por eso WELZEL explica que en el derecho lo real está esencialmente vinculado con lo normativo, porque crea un orden que verdaderamente conserva la existencia y que obliga.⁴ Los principios del derecho penal se integran entonces a la normatividad.

2.1.2. Los caracteres fundamentales de los Principios Penales: Busca determinar aquellos que le otorgan un sentido iusfilosófico, constitucional y fundamentador del ordenamiento jurídico penal.

La Constitución está en la base del diseño de la política criminal y opera como garantía contra la arbitrariedad de un mero decisionismo político. El punto de partida correcto, dice ROXIN, consiste en reconocer que la única restricción previamente dada al legislador se encuentra en los principios constitucionales.⁵ Los actuales textos constitucionales, en la medida que han incorporado derechos fundamentales y principios basados en la dignidad humana, ofrecen un campo difuso de interpretación. Justamente a partir de esta premisa el marco iusfilosófico de principios cobra una posición determinante aun en relación con la positivización constitucional de valores.

Los principios se vinculan con bienes y valores, no operan como mera instancia causal, sino valorativa. De esa forma pueden evaluar la legitimidad del *Ius Puniriendi*, en tanto aporta un cierto bien o un beneficio relevante para la convivencia, que no sería posible obtener sin su participación. En nuestro tiempo resaltan los principios de legalidad y culpabilidad, ellos se reflejan en los principios derivados, como el de última ratio o el de proporcionalidad.

2.2. EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

2.2.1. Aspectos generales del Principio *Non bis in ídem*: Existe un desarrollo doctrinario que demuestra que éste se encuentra considerado dentro de las garantías orgánicas jurisdiccionales. Es así que el principio bajo estudio se encuentra en el mismo nivel de los llamados principios de proporcionalidad, de buena fe y de seguridad jurídica, conocidos como principios generales del Derecho. De manera específica tenemos al principio *Non bis in ídem* dentro de los principios procesales conocidos como: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine iudicio*, presunción de inocencia, principio del juez natural y el del derecho de defensa.

La importancia moderna del principio y toda su elaboración jurídica reside en su significado como garantía de seguridad individual, propio de un Derecho Penal Liberal, de un Estado de Derecho; es por ello, que las ejecutorias supremas nacionales como internacionales basan sus sentencias, cuando aplican este principio, en normas constitucionales y en tratados internacionales de Derechos Humanos.

Guillermo Cabanellas, define *Non bis in ídem* como un aforismo latino que significa *no dos veces sobre lo mismo*. Para Rafael Márquez Piñero, una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior. El *Non bis in ídem* garantiza a toda persona que no sea juzgado nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión.

Este efecto negativo de la cosa juzgada se traduce en el principio conocido como *non bis in ídem*, según el cual nadie puede ser perseguido judicialmente más de una vez por el mismo hecho, es decir, nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo comportamiento. La expresión "hecho" debe entenderse como conducta humana, mientras que identidad se refiere a la persona (*eadem personam*), al objeto (*eadem re*) y a la causa de persecución (*eadem causa petendi*); de lo contrario, no se podría hablar de la identidad del hecho en los términos que se ha dicho.

La prohibición de doble incriminación está prevista en el artículo 90º y Art. 78, inciso C del Código Penal, en la Constitución Política del Estado, (Art. 139 inciso 13º), en

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.7) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8º, numeral 4).

2.2.2. Fundamento Constitucional del Principio *Non bis in ídem*: La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada; constituyen estos preceptos la base constitucional que enmarca el principio del *Non bis in ídem* en la Constitución Peruana, la misma que se encuentra establecida en el Art. 139, inciso 13.⁶ El principio *Non bis in ídem* señala que nadie puede ser perseguido nuevamente por la misma causa, desligando definitivamente al reo de la responsabilidad penal, extinguendo la acción penal pública derivada. Tal como lo dispone la propia Constitución, la amnistía, el indulto y el sobreseimiento producen los efectos de la cosa juzgada, esto es, sus consecuencias jurídicas devienen en inmodificables, invariables e inalterables.⁷

El principio *Non bis in ídem* se halla reconocido en el Art. 139, inciso 13 de la Constitución y puede derivar de otros principios fundamentales como el principio de legalidad. El límite a la potestad punitiva estatal representado por tal principio se convierte correlativamente en derecho público subjetivo de carácter fundamental, resultando así protegido de forma más eficaz por los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Lo que impide que el Derecho intervenga con carácter perjudicial, beneficioso o incluso neutro dos o más veces en una situación es la proporcionalidad que a su vez descansa en el criterio de la igualdad y que es reconducible en último extremo a la idea de justicia.

El principio de proporcionalidad impone un límite general a la tendencia del Estado a comportamientos puramente racionales respecto de los fines perseguidos, exigiendo además una adecuación de aquéllos con referencia a valores.⁸

2.2.3. Contenido Procesal del Principio *Non bis in ídem*: Doctrinalmente puede entenderse que el *Non bis in ídem* es un principio general del Derecho que, basado en los principios de proporcionalidad y respeto a la cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, cuando se de una identidad de sujetos, hechos y fundamento. Suele señalarse que el *Non bis in ídem* tiene manifestaciones sustantivas o materiales y adjetivas o procesales, distinción que muestra una especificación tanto de sus presupuestos como de las consecuencias jurídicas.

2.3. LA REINCIDENCIA

2.3.1. Introducción: La declaración de reincidente es derivación necesaria de una condena anterior que, de este modo, es actualizada en la posterior para agravar la situación actual de esa persona. Así esa condena anterior es nuevamente puesta en la cuenta del sometido a la segunda.

En líneas generales creemos que en momentos en que prima un Derecho Penal en expansión, donde entra en conflicto una vez más el Derecho Penal Eficaz versus el Derecho Penal Garantista, cualquier alarma o pánico social, avalado por la acción de los medios de comunicación es necesaria para la creación de criterios muchísimos más severos de criminalización, con el fin de incrementar el temor de la generalidad a la comisión de delitos. Pareciera que cualquier medida es adecuada en el llamado combate a la delincuencia, incluso aquellas que niegan los principios garantistas básicos de un Estado de Derecho.

2.3.2. La institución de la Reincidencia: La *Reincidencia* puede darse cuando el sujeto haya cumplido la totalidad de la pena impuesta, (reincidencia propia) o bien cuando el sujeto ha cumplido en parte la pena que se le ha impuesto (*Reincidencia impropia*). Así, nuestro Código Penal reconoce la institución de la *Reincidencia* en su artículo 46-B, modificado por la ley 29604 de fecha 22 de octubre de 2010, el cual señala: “*El que después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no exceda de cinco años, tiene la condición de reincidente, igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas. El juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal (...)*”.

Este artículo 46-B expresa un agravante al aumentar hasta dos tercios del máximo de la pena fijada para el tipo penal para algunos delitos enumerados en el citado artículo. La pena que debe aplicarse respetando los principios de legalidad y proporcionalidad es la establecida en el tipo penal específico, pero gracias a esta institución de la *Reincidencia*, la que planteamos como inconstitucional por vulnerar los principios reguladores del sistema penal, las penas pueden aumentarse en forma desmedida.

La inconstitucionalidad y la falta de coherencia sistemática de esta institución la desarrollaremos en el siguiente subcapítulo, pero vale aclarar nuestro total desacuerdo con dicha institución en la medida en que ésta ha sido una figura que ya existía en el Código Penal de 1924 y que la misma había sido derogada y no tomada en cuenta por la Comisión Revisora del Código Penal de 1991 integrada por connotados juristas peruanos, ya que en el último párrafo de la exposición de motivos lo consideran: “*Una violación del principio non bis ídem (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito)*”. Y lo consideran literalmente “*Una forma aberrante de castigar rezago de los viejos tiempos del derecho que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor) y que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico*”.⁹

2.3.3. Las Teorías Explicativas: Con el Derecho Penal moderno, que surge con las ideas de los ilustrados en el siglo XVIII, se han ido delimitando los ámbitos de aplicación del *Ius Puniendi* del Estado. Las anteriores se caracterizaban por ser muy taliionales, pues el poder lo ostentaba una sola persona que era el rey. Desde el advenimiento del Derecho Penal de Garantías en el siglo XVIII hasta nuestros días se han venido estableciendo límites muy estrictos al *Ius Puniendi* del Estado. Nos ocuparemos a continuación de las teorías explicativas más resaltantes de la reincidencia.

Según esta teoría la comisión del delito por parte del reincidente provoca dos daños: uno de manera inmediata y otro de manera mediata. El primer daño se produce en el momento en que el sujeto realiza la comisión del nuevo injusto; este caso, por ejemplo se daría cuando el sujeto sobre el que ha recaído sentencia condenatoria vuelve a delinquir. El segundo daño se produce porque este nuevo delito crea una situación de zozobra en la sociedad, es decir hay una mayor alarma social que se genera en la colectividad por el hecho que el sujeto haya vuelto a delinquir. En consecuencia, que el primer daño se plasma de manera concreta, mientras que el segundo queda en la conciencia social por el pánico psicológico que genera la situación de reincidente del sujeto.

Bajo esta línea de pensamiento se ha pretendido fundamentar la *Reincidencia* por haber en ésta un injusto mayor en razón de la mayor alarma social que causaría el segundo delito, consiguientemente, el mayor daño mediato. Este criterio no responde a la realidad, pues autores de todas las épocas han objetado que el mayor *daño político* es

eventual o es muy poco probable que se produzca, dado que en la mayoría de los casos son sólo los jueces y los policías quienes saben del carácter reincidente del sujeto. Admitir esta idea implica afirmar que el delito lesioná por lo menos dos bienes jurídicos y que la obediencia al Estado es un bien jurídico lesionado en todo delito, siendo independiente de la lesión del bien jurídico del victimizado. En alguna medida es una tesis que opaca el concepto de bien jurídico como base del principio de *lesividad*, que es uno de los pilares del Derecho Penal moderno.

Contraviniendo a los parámetros establecidos por el Derecho Penal moderno y abiertamente fuera del Derecho Penal de Garantías, en abierta oposición a los principios liberales del racionalismo, se pretende colocar el positivismo monista italiano que explica la *Reincidencia* a través de la peligrosidad, es decir, reduciendo al hombre a una cosa regida mecánicamente y restándole su jerarquía de persona. Incluso dentro de esta vertiente autoritaria la explicación de la *Reincidencia* mediante la peligrosidad resulta contradictoria, puesto que todo juicio de peligrosidad debe entenderse como juicio de probabilidad, es decir, que no puede presumirse.

Bajo esta teoría se ha querido justificar la introducción de la *Reincidencia* basado en la culpabilidad del autor, en sus variantes de carácter de vida, es decir por la forma cómo el sujeto se comporta, conduce su vida. Se castiga al sujeto con mayor severidad por su forma de ser y no por lo que hace, vulnerando de manera directa el principio de responsabilidad por el acto. En nuestros tiempos castigar por la forma de ser de los sujetos o cómo estos conducen su vida, excede el parámetro del Derecho Penal de Acto y por lo tanto del Derecho Penal de Garantías.

Podemos comprobar que la *Reincidencia* se explica en los planteos jurídico-penales en la medida en que se abandona las garantías fundamentales que rigen un Estado Democrático de Derecho, respetuoso de los principios limitadores del *Ius Puniendi*. Así, se abandona el principio de responsabilidad por el acto, legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y sobre todo el principio *Non bis in ídem*. En este sentido creemos que estos fundamentos vulneran de manera grosera un Estado Constitucional respetuoso de los principios limitadores de la potestad punitiva que tiene el Estado.

2.3.4. Tipos de Reincidencia: La doctrina clasifica en dos a la *Reincidencia*:

Reincidencia Genérica. Existe *Reincidencia Genérica* cuando el delincuente, luego de haber cumplido la condena en todo o en parte, vuelve a recaer en la comisión de un nuevo delito diferente al cometido en la primera ocasión, es decir, que los delitos que se cometan con posterioridad no son de la misma especie que el primer delito, la reiteración está en la insistencia o repetición en una variedad o diversificación de hechos o delitos.

Reincidencia Específica: Existe *Reincidencia Específica u Homogénea* cuando la recaída se da con la comisión del mismo delito, es decir el nuevo delito cometido posteriormente es el mismo que el primero. Aunque algunos autores señalan que también puede ser un delito análogo o uno de igual o semejante naturaleza.

Un sector de la doctrina, con la que coincidimos, considera que la *Reincidencia Genérica* es más peligrosa que la *Reincidencia Específica*. Otro sector doctrinal no está de acuerdo con la postura que considera que hay diferencia entre las dos *Reincidencias*, para finalmente contradecirse al señalar que mayor tendencia a reincidir tiene los genéricos.

Como podemos apreciar es un elemento indispensable la sentencia condenatoria, la misma que debe ser ejecutoriada. Solo así puede existir la *Reincidencia*, por cuanto no se especifica qué tipos de delitos hay que cometer para tener calidad de reincidente.

Valga decir que la *Reincidencia* a que hace referencia nuestro Código Penal es la *Reincidencia Genérica*.

2.4. LA PROBLEMÁTICA DE LA REINCIDENCIA COMO VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*:

La Constitución Política de nuestro país, sus principios y derechos fundamentales constituyen la base de nuestro sistema jurídico y matriz mediante la cual los legisladores elaboran la normatividad.

El presente subcapítulo refleja una crítica a la incorporación de la *Reincidencia* dentro de la normatividad penal peruana por ser contraria al principio de *Non bis ídem* y por tanto de naturaleza inconstitucional, además existen garantías constitucionales en las que tal principio aún se encuentra inmerso y cuyo contenido sigue siendo de naturaleza constitucional.

2.4.1. La función del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho:

No se trata de preguntar sólo por la función de la pena, en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el Derecho Penal propio de un determinado modelo de Estado. La pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos; en el Estado moderno se considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan a este.

En el Estado de base Teocrática la pena podía justificarse como exigencia de justicia, análoga al castigo divino; en un Estado Absoluto, la pena es un instrumento tendencialmente ilimitado de sometimiento de los súbditos; el Estado liberal clásico buscó antes la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos. La aparición del Estado Social, como Estado Intervencionista, acentuó de nuevo la misión de lucha contra la delincuencia. La tendencia intervencionista del Estado Social condujo en algunos países a sistemas políticos totalitarios, lo que culminó en el período que medió entre las dos guerras mundiales.

Surgió, así, la fórmula sintética de *Estado Social y Democrático de Derecho* acogida en la propia Constitución alemana de la posguerra, la misma que sirve de punto de arranque a las constituciones de tradición romano-germánica, entre ellas nuestra Constitución, que en su artículo 43 señala que somos un país democrático, social, independiente y soberano.

Que la pena sea conceptualmente un castigo no implica que su función última sea la retribución; la observación del Derecho positivo muestra que, aún entendida como castigo, la pena sirve a la función preventiva de defensa de bienes jurídicos; porque también es protectora y resocializadora (Art. IX del Título Preliminar del Código Penal).

La misma función de *prevención general* se confirma en las fases de aplicación judicial y de ejecución de la pena. Sin embargo, en la fase judicial puede intervenir la *prevención especial*, junto a la idea de proporcionalidad, como se sigue de los artículos 45 y 46, que alude a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho y del art. 57 que establece como criterio rector fundamental de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad la *peligrosidad criminal del sujeto*, en relación con la exigencia de resocialización del artículo 139, inciso 22 de la Constitución.

La prevención especial podrá conducir, no obstante, a la apreciación de la *condena condicional* dentro de ciertos límites que aseguran la prevención general, como que no se pueden suspender penas de más de cuatro años de prisión.

2.4.2. Principios que se vulneran con la Reincidencia a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional:

Es evidente que la incorporación de la *Reincidencia* como agravante para un segundo delito constituye una clara vulneración a los principios limitadores del *Ius Puniendi* de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Como se sabe y conforme a lo sostenido por el propio Tribunal Constitucional, el principio *Non bis in ídem* admite una doble configuración, de carácter material, doble sanción con respecto a un mismo hecho y de orden procesal, en cuya virtud se prohíbe la persecución penal múltiple. En la presente investigación lo que está en discusión es la vulneración de este principio en el aspecto material. El Tribunal considera que no se afecta el principio *Non bis in ídem* en tanto el acto delictivo reincidente no es objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal.

Claro que si en estricto no estamos ante una doble sanción por un mismo hecho, sí estamos ante una doble valoración, lo que también importa una afectación del principio *Non bis in ídem* en sentido material. La agravación por *Reincidencia* es inconstitucional, pues se impone realmente en razón de uno o varios delitos que ya fueron objeto de juicio y de sentencia condenatoria.

2.4.3. Críticas a la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano (Sentencia N° 0014-2006-PI-TC):

En la sentencia del Tribunal Constitucional N° 0014-2006-PI/TC, se sostiene que el principio *Non bis in ídem* ostenta una doble configuración, una de carácter material y otra de carácter procesal. La *Reincidencia* prevé la posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, porque corresponde centrar la atención en la configuración material, es decir en la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho. Señala el mismo Tribunal Constitucional que el primer delito cometido no recibe una pena adicional ni una agravación, simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de *antecedentes* respecto al mismo tipo penal.

Con este razonamiento el colegiado sostiene que entre el primer delito cometido y el segundo hecho punible no existe una duplicidad de pena sino, por el contrario, el segundo delito a parte de valorar el tipo cometido en sí, lo agrava en virtud del *antecedente* de haber cometido uno anterior. Razonamiento que no lo compartimos, puesto que se da una ultraactividad de las consecuencias del delito, pues con la *Reincidencia*, entre el primer delito cometido y el segundo se da un nexo tan fuerte, que el criterio de valoración gira como si se tratara de un mismo delito.

Somos del parecer que el primer hecho punible no puede generar consecuencias posteriores, ultractivas y que afecten a la nueva valoración del segundo delito y consideramos un absurdo la interpretación literal del Tribunal Constitucional de que en estos casos no existe vulneración alguna al principio del *Non bis in ídem*.

Consideramos que la interpretación que hace el Tribunal Constitucional a la figura del principio *Non bis in ídem*, es desde nuestra óptica una interpretación deficiente, pues sólo se limita a darle un sentido literal de la figura en sí, ya que solo analiza si se produce o no una duplicidad de condena o si se produce una doble persecución, forma de valoración que creemos no es acorde con un Estado democrático de Derecho y sobre todo porque quien la efectúa es el supremo intérprete de la constitución.

2.4.4. Toma de postura:

La figura de la *Reincidencia* fue acogida por el Código Penal de 1942, sin embargo, la misma fue proscrita por el mismo cuerpo normativo de 1991, el cual en su exposición de motivos señaló que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico. Lamentablemente el 09 de mayo de 2006 reapareció esta figura con la Ley N° 28726, donde la *Reincidencia* (Art., 46-B del C.P) pasa a constituir una circunstancia agravante, la misma que debe ser sancionada por el Juzgador, de manera obligatoria al momento de emitir sentencia.

Mucho se ha discutido sobre la constitucionalidad de esta figura, sin haber llegado a buen puerto, al extremo que sobre esta norma se interpuso ante el Tribunal Constitucional una demanda de inconstitucionalidad, la misma que fue resuelta por este colegiado. Es entonces que una vez más el tema de la *Reincidencia* ha cobrado vigencia a raíz del fallo emitido por este colegiado con fecha 19 de Enero de 2007, arribando a la conclusión que las mismas no vulneran el principio *Non bis in ídem*, culpabilidad ni proporcionalidad de la pena.

Ante lo señalado por el Tribunal Constitucional, nuestra postura es que la institución de la *Reincidencia* incorporada en nuestra legislación penal, atenta contra los principios fundamentales que rigen el Estado Social y Democrático de Derecho en el cual nos encontramos. De otro lado consideramos que la ley que introduce la *Reincidencia* resulta demasiado genérica al no determinar el tipo de *Reincidencia* que será punible, es decir la *Reincidencia* genérica o específica.

Cabe recalcar que el principio *Non bis in ídem* no es solamente un principio del Derecho Penal, sino también y principalmente de materia Constitucional, aquella norma que es contraria a la constitución es literalmente inconstitucional, tal y como sucede con la Ley N° 28726 y su modificatoria, la cual según nuestro parecer, debe derogarse. Pensar si es o no constitucional la institución de la *Reincidencia* será criterio de cada uno.

METODOLOGÍA

3.1. TIPOLOGÍA Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN: La presente investigación es *básica* porque se va a aclarar ciertos conceptos y dogmas y será *aplicada* en la medida que sea útil. El nivel de investigación será *exploratoria* en una primera etapa al describir el problema; *descriptiva*, cuando encontremos los orígenes y efectos del problema y *analítica*, cuando contrastemos con la realidad nuestra hipótesis. El método de la investigación es *Histórico-Causal*. Histórica, porque está basada en hechos ya producidos y Causal, porque mi esquema utilizará el mismo símbolo; cuyo diseño de la investigación es la "*operacionalización de variables*".

3.2. UNIVERSO Y MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN: La población de la investigación es *homogénea y estática*; esta serán los procesos en los 05 Juzgados Penales del Distrito Judicial de Iquitos, en las 05 Fiscalías Provinciales del Distrito Judicial de Iquitos y 70 Docentes y Abogados. Entendida la población o universo como la totalidad de los fenómenos a estudiar en las unidades de población o de muestreo, ésta comprende: Docentes Universitarios (10), Abogados (60), Personal de los 05 Juzgados Penales del Distrito Judicial de Iquitos (50), Personal de las 05 Fiscalías Provinciales del Distrito Judicial de Iquitos (50).

La Muestra de la Investigación, será un extracto de la población está definida en forma *probabilística*, ya que son seleccionadas mediante métodos *aleatorios*.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS EN LA RECOPILACIÓN DE LA INFORMACIÓN: Las técnicas serán las entrevistas, encuestas, estadísticas y análisis de datos; y los instrumentos son la guía de preguntas (opiniones), el cuestionario (información), los cuadros estadísticos (características) y los libros, páginas virtuales y casos (posiciones).

RESULTADOS

De las entrevistas a docentes y abogados especialistas en el tema, del análisis y resultados de la guía de preguntas a abogados y docentes y de las encuestas a personal de juzgados, fiscalías y abogados del distrito judicial de Iquitos sobre que la "Reincidencia vulnera *el Non bis in Idem*", considero que la Hipótesis de Investigación sobre la "Reincidencia vulnera *el Non bis in Idem*", nos obliga a derogar la figura de la Reincidencia y desarrollar leyes especiales sobre el Debido Proceso y la Cosa Juzgada que pertenecen al denominado "Bloque Constitucional" para que el principio Non bis in ídem no sea vulnerado. Ha sido demostrado que la mayoría de los encuestados desconocen el tema, por lo tanto la decisión final es que la Vulneración del Principio *Non bis in Idem* por la Reincidencia se debe a la falta de conocimientos acerca del tema.

DISCUSIÓN

Habiéndose modificado el artículo 46 del Código Penal se restablece la Reincidencia y se está imponiendo una doble pena, por un delito ya sancionado. El *Non bis in Idem* es un principio penal y de rango constitucional y perteneciente a los derechos fundamentales de la persona, como la libertad personal; la Reincidencia, atenta contra los principios de cosa juzgada, proporcionalidad y razonabilidad de las penas, siendo inhumano el incremento de la pena a un nuevo delito vía Reincidencia. Sancionar con penas a una persona tomando en cuenta sus características personales no es lo correcto ya que nuestro Derecho Penal lo que castiga son conductas y no características de una persona. En el departamento de Loreto no se ha realizado investigación similar alguna, lo mismo que en todo nuestro país.

CONCLUSIONES

1. Constituye un desacuerdo académico que el TC analice el principio *Non bis in ídem* en función de aspectos estrictamente literales, ya que desde una interpretación teleológica (finalidad de la norma), advertimos una flagrante vulneración a la Constitución Política del Estado.
2. Respecto al principio de culpabilidad, lo expuesto por el TC linda mucho, con lo que actualmente ha admitido como válido la doctrina mayoritaria.
3. En cuanto al principio de proporcionalidad, el TC estima una ponderación entre Derechos Fundamentales vs. Seguridad Jurídica. El TC se adhiere a aquellas doctrinas que pregonan mayores invasiones a los Derechos Fundamentales, lo que desde mi punto de vista constituye todo un desacuerdo, pues el índice de criminalidad no disminuye cuando se endurecen las penas.
4. La Reincidencia debe ser derogada y la sentencia del TC ha dejado mucho que desear, pues la misma debió estar sustentada y motivada en doctrina nacional y comparada.
5. De lo anterior se desprende la obvia inconstitucionalidad de la institución de la Reincidencia, introducida por la Ley Nº 28726 y su modificatoria Ley 29604; por esta razón recomendamos la inmediata derogación de estas dos leyes.

REFERENCIAS

- (1) FRAILE, Guillermo. Historia de la Filosofía, BAC, Madrid, 1976, t. I, págs. 138 y siguientes.
- (2) ARISTOTELES. Metafísica, edición trilingüe de Gredos, Madrid, 1982, especialmente Libro V, 1013a-1015b.
- (3) Esto aparece como una constante en la reflexión social y política, aun desde perspectivas encontradas, como lo indica Félix LAMAS en El orden social. Moenia, Buenos Aires, 1990, p. 181. Vale como ejemplo la visión de HOBBES en su introducción al Leviatán. Allí, HOBBES describe al Estado como un hombre artificial, de gran tamaño. Sobre ese esquema sitúa cada una de las funciones del poder. Señala así que la recompensa y el castigo -mediante los cuales cada nexo y cada miembro vinculado a la sede de la soberanía es inducido a ejecutar su deber- son los nervios que hacen lo mismo que en el cuerpo natural. A su entender, la concordia es la salud del Estado, la sedición su enfermedad y la guerra civil, su muerte (El Leviatán, F.C.E., México, 1940).
- (4) WELZEL, Hans. Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico. cit., p. 42.
- (5) Conviene una vez más recordar que, para ROXIN, el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada al legislador se encuentra en los principios de la Constitución (ob. cit., p. 55). En igual sentido, Enrique BACIGALUPO; Principios Constitucionales, cit. p. 44. Esto es ratificado por MIR PUIG cuando en su Laudatio en el acto de investidura como doctor honoris causa del Profesor Roxin en la Universidad de Barcelona sostiene que "puesto que la Constitución es la norma suprema del sistema jurídico y ha de inspirar a todo éste, partir de la política criminal de la Constitución es partir de la política criminal que ha de orientar al derecho vigente" (Política criminal y nuevo Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1997, p. 33).
- (6) CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993. Lectura y comentario, Pg. 125.
- (7) PEÑA CABRERA, Raúl. Derecho Penal peruano. 1992. Pg. 46.
- (8) Cuerda, Rieu. El concurso de delitos en el borrador del anteproyecto, ADPCP 1991, 845 Y 856, Pg. 45.
- (9) Código Penal Peruano, 2009, Editorial Iustitia SAC; pág. 21. (Exposición de Motivos)