

LA REINCIDENCIA COMO MECANISMO DE INOCUIZACIÓN: ¿EL RETORNO AL DERECHO PENAL DEL AUTOR?

Recidivism as a mechanism of incapacitation: A return to Author-Based Criminal Law?

Richard Armando Quispe Acosta¹

Resumen

El artículo examina, desde un enfoque crítico, la figura de la reincidencia, sosteniendo que su aplicación es contraria al Derecho Penal de Acto porque opera exclusivamente como un mecanismo de inocuización contra el individuo considerado peligroso para la sociedad. Se analiza cómo la agravación de la pena sustentada en la persistencia delictiva resucita el enfoque derogado del Derecho Penal de Autor. Se concluye que, bajo la excusa de una prevención especial, la figura de la reincidencia trae consigo un paradigma de exclusión y neutralización del sujeto que transgrede los principios del *ne bis in idem*, culpabilidad y proporcionalidad.

Palabras clave: *Derecho Penal de Acto, fin resocializador y ne bis in idem.*

Abstract

This article critically examines the concept of recidivism, arguing that its application contradicts the principles of criminal law based on the act itself, because it operates solely as a mechanism to incapacitate individuals deemed dangerous to society. It analyzes how increased penalties based on persistent criminal activity revive the outdated approach of criminal law based on the perpetrator's character. The article concludes that, under the guise of special prevention, the concept of recidivism brings with it a paradigm of exclusion and neutralization of the individual, violating the principles of double jeopardy, culpability, and proportionality.

Keywords: *Criminal Law of Act, resocializing purpose, and ne bis in idem.*

¹ Maestro en Derecho con mención en Derecho Procesal por la Universidad de Huánuco; abogado por la Universidad de Huánuco; Especialista Judicial en la Corte Superior de Justicia de Huánuco; Docente Universitario en la Universidad de Huánuco; correo electrónico: quispeacostarichard@gmail.com y código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6468-7540>

I. Introducción

El Derecho Penal contemporáneo convive con una crisis de identidad, dado que se viene expandiendo un enfoque desmedido del ius puniendi del Estado y, en consecuencia, la proliferación de políticas de mano dura motivadas por el populismo punitivo (Chiroque, 2022, p. 192). En ese sentido, las agendas legislativas del ordenamiento jurídico peruano han ponderado, sin mayor justificación, el endurecimiento de las penas mediante la creación de agravantes cualificadas como respuesta a la demanda de inseguridad ciudadana (Romero et al., 2024, p. 2). De ahí que se suele utilizar indebidamente al Derecho Penal no como *ultima ratio* del arsenal punitivo del Estado, sino como un mecanismo de gestión pública, ponderando la demanda de la sociedad en perjuicio del respeto de las garantías constitucionales del imputado.

En ese contexto de endurecimiento punitivo, la reincidencia surge, a nivel doctrinario, como una de las figuras más controvertidas. Tipificada en diversos países —artículo 46-B del Código Penal peruano—, la figura de la reincidencia significa un aumento desproporcionado y automático de la pena para aquel sujeto que anteriormente ha sido sentenciado por un delito (Angulo y Suquí, 2023, p. 2130). Si bien la jurisprudencia y cierta parte de la doctrina defienden vivazmente su vigencia en el ordenamiento jurídico, señalando que el individuo devela un mayor desprecio por las normas sociales y jurídicas (Mendoza, 2018, p. 606), su aplicación automática, sin mayor análisis, revela una tensión con los principios del Derecho Penal garantista.

El debate dogmático se centra en la confrontación entre el enfoque del Derecho Penal de Acto y el derogado Derecho Penal de Autor. El primero, característico de un Estado de Derecho, demanda que la pena se imponga de manera estricta en función de la gravedad del tipo penal vigente y la culpabilidad del individuo en ese hecho específico (Barreto, 2001, pp. 79-80). El segundo, manifestándose en la figura de la reincidencia, toma en cuenta para el castigo penal la biografía individual y la trayectoria delictiva del sujeto (Leonardo, 2024, p. 204). El sistema, al tomar en cuenta una sentencia previa cuya deuda fue saldada mediante la pena impuesta en su momento, termina instrumentalizando a la persona y, sobre todo, juzgando su modo de vida, vulnerando así las garantías constitucionales.

Lo advertido nos permite apreciar con claridad que la figura de la reincidencia, desprovista de una legitimidad justificada, actúa en realidad como una herramienta de inocuización y/o neutralización. Bajo esta idea de inocuización, el sistema jurídico penal trae de vuelta la antigua creencia del sujeto peligroso, la misma que guarda relación con la tesis radical que defiende el Derecho Penal del Enemigo. El reincidente ya no es observado como una persona capaz de ser reinsertada en la sociedad —lo que es contrario al fin resocializador de la pena, prescrito en la norma penal y constitucional—, sino como una fuente de peligro de quien el Estado y la sociedad deben cuidarse a través de su inocuización extendida, transformando a las cárceles en simples depósitos de contención humana (Jakobs y Cancio, 2003, pp. 79-81).

Ante esta cruda realidad, la presente investigación tiene como objetivo primordial examinar, desde un enfoque crítico, la coherencia constitucional de la figura de la reincidencia como agravante cualificada, corroborando que su esencia real estriba en la inocuización del sujeto. Se parte de la idea de que la reincidencia es una figura propia del Derecho Penal de Autor que resulta incompatible con un Estado Constitucional de

Derecho al sancionar el modo de vida del individuo.

II. El retroceso: Del Derecho Penal de Acto al Derecho Penal de Autor

La columna vertebral sobre la cual se cimenta el Derecho Penal de corte garantista y democrático es el principio de acto, el cual se deriva del mandato constitucional de legalidad y, sobre todo, de la dignidad humana (Muñoz y García, 2010, p. 213). Bajo esta idea, el *ius puniendi* del Estado tiene su límite, que se entendía que era insuperable, en la comisión de un comportamiento contrario a las normas de convivencia; en otras palabras, solo se puede sancionar a una persona por lo que realmente ha hecho y nunca por lo que es o fue. Este enfoque prohíbe que el Derecho Penal se transforme en un mecanismo de control moral, garantizando que la persecución penal de un sujeto se active de manera exclusiva ante la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado.

En ese contexto, el Derecho Penal de Acto actúa como una garantía de libertad para la persona frente al arbitrio del Estado. Al demandar que el objeto de la sanción sea un injusto penal correctamente delimitado, se evita toda posibilidad de que el órgano jurisdiccional construya la culpabilidad del individuo sobre la base de prejuicios sociales, estimaciones subjetivas o la trayectoria personal de aquel. La tipicidad y la antijuridicidad, como elementos del delito, quedan circunscritas al evento específico, asegurando que el juicio de reproche penal sea una operación de verificación, tanto fáctica como jurídica, de la acción u omisión prescrita en la ley penal, conservando la objetividad del ordenamiento jurídico.

No obstante, la incorporación y aplicación de la reincidencia como una causal de agravación cualificada de la pena quebranta flagrantemente aquella estructura garantista, ya que representa un retroceso del sistema al proscrito Derecho Penal de Autor. En esta corriente desfasada, el énfasis de la gravedad de la sanción se desplaza desde el desvalor de la acción y del resultado del evento actual hacia las condiciones individuales y el patrón de conducta del individuo. Al aumentarse drásticamente la pena, teniendo como fundamento una sentencia previa, el ordenamiento jurídico penal deja de tomar en cuenta el presente evento delictivo y pasa a condenar la personalidad, la conducción de vida y la supuesta dirección interna del individuo.

Aquel desplazamiento hacia el Derecho Penal de Autor genera una distorsión del principio de culpabilidad por el hecho, convirtiéndolo en una suerte de culpabilidad por la condición de vida. El reproche penal ya no se materializa en la responsabilidad derivada del último hecho delictivo cometido, sino que se desliza retrospectivamente a las decisiones previas del sujeto, por las cuales ya fue juzgado y sancionado. En esa línea de ideas, la agravación de la sanción punitiva se sustenta no por una mayor gravedad inherente del nuevo evento delictivo, sino bajo la excusa de que el individuo mantiene aún una convicción delictiva o un comportamiento contrario a las expectativas de la norma penal (Alcocer, 2016, p. 50).

Al circunscribir al reincidente como un individuo inherentemente peligroso y contrario al ordenamiento, el Derecho Penal instrumentaliza a la persona, quitándole su condición de fin en sí mismo para convertirla en un objeto de inocuización. La figura de la reincidencia, en consecuencia, no significa una evolución en la determinación de la pena, sino el retroceso indiscriminado de un enfoque desfasado que encuadra al individuo como un enemigo de la sociedad que debe ser vigilado, estigmatizado y

penalmente neutralizado.

III. La inocuización del sujeto supuestamente peligroso

La estructura constitucional de un Estado de Derecho no se circunscribe únicamente a cómo y a cuándo se castiga, sino que exige una directriz axiológica o justificación obligatoria sobre el para qué se castiga. En el sistema jurídico penal peruano, esta exigencia está expresamente redactada en el artículo 139, inciso 22, de la Constitución, el cual regula que «el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad». Esta concepción conlleva al ordenamiento hacia las teorías de la prevención especial positiva, entendida como una corriente humanista donde la sanción penal no pretende la venganza del Estado o el sufrimiento del individuo, sino brindar a este los mecanismos suficientes para entender el desvalor de su acción u omisión y readaptarse a la convivencia social.

Desde esta visión garantista, la persona que se encuentra privada de su libertad no debe perder, por ningún motivo, su condición de sujeto de derechos y, por ende, tampoco su dignidad innata. La pena, como fin resocializador, demanda que el sistema penitenciario actúe como un entorno de intervención técnica y progresiva, destinado a erradicar los factores de vulnerabilidad o las carencias, de cualquier índole, que motivaron al sujeto a la comisión del hecho delictivo (Orosco, 2017, p. 133). En consecuencia, cualquier intervención legislativa o judicial en el área penal debe circunscribirse a este panorama garantista, pretendiendo que la determinación de la pena conserve siempre una expectativa material y real de retorno del individuo a la vida en sociedad.

No obstante, la incorporación y aplicación de la reincidencia como una agravante cualificada actúa como un instrumento de retroceso de esta concepción, generando un quebrantamiento rotundo con la idea humanista de la sanción penal. Al circunscribirla como una agravante cualificada que incrementa exponencialmente la pena —e incluso excluye ciertos beneficios penitenciarios por tener la condición de reincidente—, el Estado renuncia tácitamente a su obligación como organismo encargado de la rehabilitación y resocialización del penado. La drasticidad de la pena que genera la reincidencia da cuenta de una premisa sumamente punitiva y pesimista, ya que el sistema asume anticipadamente que el sujeto es una persona irrecuperable para la sociedad por su supuesta convicción con el delito, frente a quien las herramientas comunes de reeducación ya no tienen lógica.

Por tanto, bajo el manto de un supuesto mayor reproche por el desprecio exteriorizado a la norma penal, la figura de la reincidencia convierte la prevención especial positiva en una prevención especial negativa; en otras palabras, en un enfoque centrado en la incapacitación. La sanción penal deja de ser un proceso de asistencia social o de transformación subjetiva del individuo para pasar a ser un simple mecanismo de contención. El fin que pretende la pena ya no es reinsertar al individuo en la comunidad, sino garantizar que, durante el mayor tiempo posible que permanezca en el centro penitenciario, el sujeto carezca de toda probabilidad de volver a cometer ilícitos penales, ponderando la seguridad de la sociedad a costa de la afectación de las garantías personales del interno.

Esta práctica de segregación prolongada en el tiempo es lo que se denomina inocuización o neutralización del delincuente (Silva, 2025, p. 177). Este paradigma

encuentra su sustento teórico en el radical Derecho Penal del Enemigo, defendido por Günther Jakobs, quien solía justificar un tratamiento penal diferenciado y, por ende, desprendido de toda garantía para aquellos individuos que son recurrentemente indiferentes al mandato penal (Jakobs y Cancio, 2003, pp. 79-81). El reincidente, bajo la lupa de este enfoque, sufre una degradación de su estatus, ya que no es tratado como un ciudadano que cometió un delito, capaz de rehabilitarse, sino que pasa a ser circunscrito como un peligro ambulante o una simple fuente de peligro que el Estado tiene el deber de inocuizar para prevenirse de todo acto ilícito en el futuro.

Finalmente, este retroceso hacia la neutralización deja en evidencia el fracaso de los intentos del sistema penitenciario y de las políticas sumamente criminalizadoras del Estado, remitiendo el costo de aquel fracaso exclusivamente sobre los derechos fundamentales del acusado. En ese contexto, ante la palpable incapacidad del Estado para brindar herramientas de rehabilitación eficaces, reales o libres de toda inocuización carcelaria, el poder legislativo opta por herramientas populistas y más simples: la severidad de las penas mediante figuras como la reincidencia. Por tanto, la pena abandona de forma definitiva su mandato resocializador, estatuido en la norma penal y constitucional, para convertirse en un fin netamente punitivo que pretende consolidarse como una herramienta de neutralización para aquellos que son etiquetados como socialmente peligrosos.

IV. El tratamiento de la reincidencia en la legislación y la jurisprudencia

La figura de la reincidencia se encuentra expresamente regulada en el artículo 46-B del Código Penal peruano. En ese sentido, en su primer párrafo, delimita el presupuesto temporal para la configuración de la reincidencia, dando dicha condición a aquel que, tras haber cumplido en todo o en parte una sentencia condenatoria, incurre en un nuevo evento delictivo doloso en un tiempo que no supere los cinco años, reduciendo aquel margen temporal a tres años en los casos de faltas. Desde una mirada crítica a este precepto, si bien el legislador peruano pretende establecer un límite temporal para justificar el mayor reproche penal sustentándose en una aparente proximidad delictiva, esta diferenciación en el tiempo no tiene un sustento empírico. Tratar de determinar una frontera automática de cinco años para delitos y tres años para faltas da cuenta de que el ordenamiento jurídico suele aplicar criterios sumamente dogmáticos para medir o relacionar la supuesta inestabilidad del individuo ante la sanción penal; se asume una postura rígida: cumplir el plazo elimina de manera automática aquella peligrosidad del individuo, cuando en realidad la determinación de aquel tiempo solo sirve como una justificación netamente formal para etiquetar y clasificar a las personas bajo una idea de prevención especial negativa.

El impacto punitivo de este criterio de la reincidencia se concreta en el segundo párrafo del aludido artículo, el cual circunscribe a esta figura penal como una circunstancia agravante cualificada, condicionando taxativamente a que el órgano jurisdiccional incremente la sanción hasta en una mitad por encima del máximo legal establecido para el delito atribuido. La crítica a este precepto normativo se centra en que, al obligar al juez a superar el extremo máximo fijado inicialmente para el tipo penal en concreto, el legislador irrazonablemente destruye el principio de legalidad, creando excepciones sin fundamentos para incrementar la pena, condicionando al magistrado a aplicar automáticamente aquella excepción ante la configuración de la reincidencia. Este aumento de la mitad sobre el máximo de la pena no está relacionado directamente

con un mayor desvalor de la acción o del resultado del nuevo evento incurrido, sino que representa una criminalización a la condición de reincidencia del individuo.

El problema se intensifica si observamos lo prescrito en el tercer párrafo del artículo 46-B del Código Penal, mediante el cual se prescribe taxativamente que el plazo de cinco años para la configuración de la reincidencia no es aplicable para determinados delitos considerados graves —como la organización criminal, la extorsión, el feminicidio, el robo agravado, el tráfico ilícito de drogas, entre otros—, exigiendo que para estos ilícitos penales la reincidencia se configure sin estar condicionada a un límite de tiempo. Tal excepción prescrita en aquel precepto normativo, sin lugar a duda, fulmina por completo el derecho al olvido penal, instaurando una imprescriptibilidad para la configuración de la reincidencia y que contraviene los cimientos propios de un Estado de Derecho. Al regular que el pasado delictivo sigue vigente a pesar del transcurso del tiempo, el legislador ha optado por despojar al individuo que ha cometido tales delitos de toda probabilidad real de rehabilitarse ante la ley penal, quedando circunscrito para siempre como un enemigo público de la sociedad, justificando así su encierro prolongado a través de la drasticidad de la pena que conlleva consigo la configuración de la reincidencia.

Alarmanamente, para las personas reincidentes que están circunscritas dentro de estos delitos, la respuesta punitiva del Estado se intensifica, ya que obliga al órgano jurisdiccional a aumentar la pena no a una mitad, sino en no menos de dos tercios por encima del máximo legal prescrito para aquel delito, restringiendo también la concesión de determinados beneficios penitenciarios: liberación condicional y semilibertad. Aquella norma significa la máxima representación de la neutralización y el desprecio por el fin resocializador de la pena, puesto que incrementa exponencialmente la pena, lo que genera una distorsión de las escalas de proporcionalidad. Al adicionar una pena extremadamente desproporcional con la restricción legal de obtener algún beneficio penitenciario, el sistema penitenciario abandona inexcusablemente su mandato constitucional de rehabilitación y reeducación, configurándose como un simple depósito de custodia destinado exclusivamente a la inocuización del individuo considerado incorregible.

Adicionalmente, en la última sección del tercer párrafo aludido, la norma penal extiende esta drasticidad al prescribir la reincidencia de aquellos sujetos que incurrieron en un nuevo hecho delictivo doloso tras previamente haber sido beneficiados por una gracia presidencial o por otra norma especial que concedió su liberación, disponiendo que para dichos individuos tampoco rige el plazo de cinco años para la configuración de la reincidencia y que la sanción penal se incrementa hasta en una mitad por encima del extremo máximo estatuido para aquel ilícito penal. En ese contexto, la mayor severidad del castigo penal no se sustenta en la gravedad del nuevo delito cometido, sino en lo que el ordenamiento jurídico estima políticamente como una defraudación de la confianza depositada o clemencia otorgada mediante una gracia presidencial, lo que evidencia un revanchismo por parte del Estado. El legislador sanciona con mayor rigurosidad la defraudación de la expectativa de fidelidad que debía rendir el beneficiado hacia el Estado, sancionándolo por su modo de vida y, además, por no haber aprovechado aquel beneficio brindado, lo cual desnaturaliza los fines humanistas que anteriormente se buscaban con aquel otorgamiento.

Finalmente, el artículo 46-B, en su cuarto y último párrafo, señala taxativamente que «no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados»,

pero introduce de manera inmediata una excepción a aquella regla, señalando que ello no regirá «en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo». Esta excepción es, sin motivo fundado, una de las transgresiones más contundentes a la garantía de rehabilitación y de la seguridad jurídica, dado que faculta al Estado a resucitar de manera indefinida sentencias condenatorias que histórica y legalmente ya estaban extinguidas. Al prescribir que el antecedente cancelado siga vigente hasta el infinito para perjudicar la situación jurídica del individuo, la norma penal desconoce los efectos del tiempo en la condena, perpetuando el estigma. La rehabilitación se transforma en una simple utopía y el individuo queda circunscrito a una penalización drástica basada en su historial personal, el cual siempre le estará persiguiendo en cuanto a efectos jurídicos se refiere.

Sin embargo, la vigencia y aplicación de la figura de la reincidencia tuvo y tiene un respaldo en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional, el cual representa un blindaje institucional del máximo intérprete de la Constitución a favor de la reincidencia. En el Expediente N.º 0014-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional validó la legitimidad y, por ende, la constitucionalidad de la reincidencia bajo la tesis del mayor reproche penal por el nuevo evento delictivo; señaló, en aquella oportunidad, que el aumento de la pena no se centra en el castigo del hecho pasado, sino en la mayor culpabilidad y la recurrencia indiferenciada que revela el individuo frente a la norma penal, pese a haber vivido la advertencia previa de una condena penal. Con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional generó un discurso para reafirmar el endurecimiento de la pena, tratando de armonizar la severidad de la pena con el deber estatal de garantizar la seguridad ciudadana, sin tomar en cuenta los derechos de la persona perjudicada.

No obstante, desde una visión crítica, el criterio establecido por el máximo intérprete de la Constitución revela un error que pretende ocultar, con un lenguaje garantista, la vulneración al principio del *ne bis in idem*. Alegar que la culpabilidad por el nuevo evento delictivo se aumenta por la mera existencia de antecedentes penales es un pretexto que pretende ocultar que el motivo determinante que justifica la superación del máximo legal de la pena no estriba fundamentalmente en las circunstancias de la presente acción u omisión, sino en la existencia de una sentencia condenatoria pasada. Al tratar de instrumentalizar una condena ya fenecida, cuyas consecuencias penales ya fueron saldadas, para justificar un nuevo efecto punitivo en el presente, la jurisprudencia constitucional termina validando una doble sanción sobre un mismo evento delictivo. Por tanto, las máximas instancias actúan como validadoras políticas para encubrir la aplicación del Derecho Penal de Autor, el cual defiende la existencia de la reincidencia para validar la neutralización del individuo bajo pretextos de legalidad constitucional.

V. Afectación de las garantías constitucionales

El principio de culpabilidad por el hecho representa el pilar central del Derecho Penal contemporáneo, exigiendo que el juicio de reproche penal se sustente exclusivamente en el comportamiento delictivo desplegado por el individuo en un momento concreto (Cárdenas, 2008, p. 69). Esta exigencia, consecuente de la dignidad humana y estipulada de manera implícita en la Constitución Política del Perú, demanda que la medida de la sanción penal tenga un correlato o consistencia con el grado de responsabilidad penal derivado del desvalor de la conducta y del resultado del evento específico. Bajo este concepto primordial, está prohibido cualquier intento de exagerar la pena recurriendo a criterios ajenos al injusto penal presente, asegurando que el individuo sea procesado y,

eventualmente, condenado por lo que hace y no por lo que es o fue.

Entonces, la incorporación y vigencia de la reincidencia como una circunstancia agravante cualificada va en contra de esta visión, ya que centra la esencia del reproche penal en la historia biográfica del individuo, dejando de lado el ilícito penal vigente. Al incrementar la pena, en conformidad con el artículo 46-B del Código Penal, el ordenamiento jurídico ya no examina la gravedad del nuevo hecho delictivo en sí mismo, sino que instrumentaliza una sentencia condenatoria previa para justificar un incremento desmedido de la pena. Esta desnaturalización transforma la esencia de la culpabilidad por el hecho en una culpabilidad sustentada en la condición personal del individuo, quien recibe una pena incrementada, ya que su trayecto en la delincuencia es observado como una acción contraria a las expectativas que demanda la norma penal.

Esta justificación del ordenamiento jurídico sobre la reincidencia revela la persistencia del Derecho Penal de Autor, donde la intensidad de la pena se determina con base en las cualidades del individuo y no por la lesividad material que representó su acción u omisión. Sancionar con mayor drasticidad al reincidente por el supuesto argumento de que posee una personalidad hostil hacia la sociedad y sus integrantes significa que los órganos jurisdiccionales abandonan el rol de juzgar hechos específicos para pasar a condenar el estilo de vida de aquel sujeto. Esta forma de justificación para incrementar la pena supera los límites axiológicos propios del Estado de Derecho, reviviendo argumentos estigmatizantes que circunscriben a la persona como una fuente de peligro que el Estado debe contener a través de la imposición de penas severas.

En segundo término, la drasticidad de la reincidencia tiene un impacto directo y negativo en el principio de proporcionalidad, el cual demanda que exista una correlación de equilibrio, idoneidad y estricta necesidad entre la gravedad del evento delictivo y la intensidad de la respuesta penal (Rojas, 2009, p. 275). El principio de proporcionalidad actúa como un límite infranqueable frente al ius puniendi del Estado, proscribiendo que la determinación de la pena responda exclusivamente a criterios desmedidos o de simple utilidad política que instrumentalicen a la persona. Cuando el artículo 46-B del Código Penal establece criterios fijos que supeditan al órgano jurisdiccional a aumentar la sanción en una mitad o en no menos de dos tercios por encima del extremo máximo del tipo penal, se desnaturaliza el valor interno de cada bien jurídico tutelado.

Este incremento alarmante en la dosificación de la pena desnaturaliza evidentemente la individualización judicial de la pena, puesto que condiciona al juez a imponer penas que superan con creces la gravedad real del nuevo hecho delictivo. El resultado de aquella dosificación final advierte que el aumento de la pena ya no guarda consistencia con el daño real provocado por la acción u omisión actual, sino que se sobreestima para satisfacer exigencias propias del populismo punitivo y de la prevención general negativa. El individuo es convertido en un mero medio para enviar un mensaje de coacción y severidad a la sociedad, justificando así la instrumentalización de la persona bajo fines estrictamente utilitaristas de defensa colectiva.

De igual forma, la ausencia de proporcionalidad como consecuencia de la aplicación de la reincidencia se intensifica al prohibirse el otorgamiento de beneficios penitenciarios, tales como la liberación condicional o la semilibertad, para los delitos que se encuentran exceptuados por la ley penal. Al adicionar un aumento punitivo desproporcional con la restricción de beneficios penitenciarios, el legislador peruano

anula por completo la flexibilidad que exige la ejecución penal y, por ende, vacía de contenido y esencia el fin resocializador de la pena (artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal) y del sistema penitenciario (artículo 139, inciso 22, de la Constitución). La pena, en este caso, termina adquiriendo una naturaleza sumamente retributiva y cruel, convirtiéndose en una sanción penal desmedida que no pretende la rehabilitación y reeducación del penado, sino garantizar su exclusión física de la sociedad dentro del sistema penitenciario.

Finalmente, la reincidencia dentro del ordenamiento jurídico transgrede flagrantemente la garantía del principio del *ne bis in idem*, el cual proscribe que una persona sea objeto de una persecución penal (investigación y juzgamiento) o de una doble sanción sustentada en los mismos eventos históricos (Melgar, 2022, p. 76). Aquella garantía de corte constitucional adquiere una fase sustantiva que imposibilita al ius puniendi estatal extraer efectos punitivos adicionales de un evento delictivo que ya fue objeto de pronunciamiento judicial, cuya sanción penal ya fue saldada y ejecutada. En ese sentido, la intangibilidad de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada demandan que, una vez que la persona ha pagado su deuda con el colectivo, el evento pasado quede clausurado para una futura persecución penal.

La justificación que pretende dar el Tribunal Constitucional a la reincidencia, según la cual el aumento de la sanción punitiva se sustenta en la mayor reprochabilidad y desobediencia del individuo, representa un error destinado a encubrir la doble punición penal. Alegar que la previa condena representa un mero indicador de la mayor culpabilidad del evento actual es un argumento infundado, ya que el único criterio fáctico y jurídico que desencadena el aumento desmedido del extremo máximo de la pena actual es la existencia de una sentencia condenatoria anterior. Si excluyéramos, en el supuesto hipotético, del análisis aquella sentencia previa, la pena del individuo se conservaría dentro del marco normal del ilícito penal, demostrando, en términos matemáticos, que el aumento desmedido se aplica como una sanción directa a la acción u omisión ya sentenciada.

Al utilizar una sentencia condenatoria del pasado como una herramienta indispensable para perjudicar la situación jurídica del individuo en el presente, el Estado prácticamente reactiva un proceso extinguido para extraer un nuevo efecto punitivo negativo. Ello conlleva a que el individuo sea castigado penalmente dos veces por el mismo evento histórico: la primera vez mediante una sentencia común dictada en su oportunidad y la segunda vez a través del aumento que se le impone en el nuevo evento delictivo bajo la figura de la reincidencia. Esta doble valoración punitiva sobre los antecedentes penales del individuo, sin lugar a duda, genera la destrucción del contenido fundamental del *ne bis in idem*, y así legitima una corriente de persecución penal permanente donde el propio Estado se brinda la facultad para sancionar de manera reiterada al individuo por sus acciones u omisiones del pasado que ya fueron saldadas en su oportunidad, lo que vulnera flagrantemente las garantías mínimas del debido proceso en perjuicio directo del procesado, quien ve deteriorados sus derechos fundamentales.

VI. El rol del juez frente a la inconstitucionalidad de la reincidencia

El debate circunscrito sobre el efecto punitivo de la reincidencia, circunstancia de agravación cualificada prescrita en el artículo 46-B del Código Penal, no debe culminar

en una mera aplicación literal de la ley penal, sino que demanda de los jueces una actuación inmediata a través de su potestad de controlar la legalidad de la norma mediante el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Es cierto que los órganos jurisdiccionales están supeditados al principio de legalidad; sin embargo, esta condicionalidad no es ciega ni formalista frente a normas jurídicas que colisionan palpablemente con las garantías reconocidas a nivel constitucional y por los tratados internacionales; el juez no es simplemente la boca que pronuncia la ley. Al evidenciarse supuestos donde el pasado delictivo es sancionado nuevamente a través de aumentos punitivos desproporcionales, el órgano jurisdiccional no puede actuar como un mero aplicador de la ley; por el contrario, su función como garante de la Constitución lo supedita a confrontar abiertamente la validez de aquella norma legal con el bloque de constitucionalidad, inaplicando la ley penal cuando ella transgrede la dignidad de la persona humana y los principios fundamentales de culpabilidad, proporcionalidad y resocialización.

Esta obligación de efectuar una fiscalización desde el bloque de convencionalidad se hace de imperiosa necesidad cuando se verifica el blindaje político que el máximo intérprete de la Constitución ha brindado a la figura de la reincidencia, lo que circunscribe al juez ordinario en una disyuntiva que debe resolverse a través del control de convencionalidad. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha ratificado la constitucionalidad formal de la reincidencia bajo el pretexto de mayor reproche por la evidente desobediencia del individuo, pero los órganos jurisdiccionales ordinarios deben activar los estándares predeterminados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo instrumento internacional es vinculante para los jueces peruanos. Conforme lo prescriben los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, los jueces están condicionados a optar por la norma convencional por encima de la ley penal interna que representa una regresión a sistemas no garantistas; por tanto, al constatare que la subsistencia de los antecedentes penales y la exclusión de beneficios penitenciarios representan penas inhumanas, crueles y degradantes orientadas a la exclusión social, el control de convencionalidad se manifiesta como el mecanismo idóneo para inaplicar una norma extremadamente punitiva.

En suma, la viabilidad de inaplicar el artículo 46-B del Código Penal, que regula la figura de la reincidencia, mediante el control difuso estriba en la imperiosa necesidad de garantizar la coherencia del sistema de justicia penal. No es lógico que coexistan en un mismo ordenamiento jurídico la obligación constitucional de la resocialización del penado y, a la vez, la cancelación de los efectos de la rehabilitación por medio del incremento desmedido de la pena. La aplicación razonada del control de convencionalidad por parte de los jueces en estos supuestos concretos no significa una invasión a las competencias propias del legislador peruano, sino el ejercicio legítimo de la función jurisdiccional.

VII. Conclusiones

La existencia de la reincidencia como agravante cualificada desnaturaliza el fundamento de la pena, condicionando a juzgar y sancionar la trayectoria de vida del individuo en lugar de la lesividad de su conducta actual. Al actuar bajo este paradigma, el ordenamiento jurídico abandona su función de valorar el evento delictivo presente y asume un rol moralizador que examina y sanciona el historial biográfico y la personalidad del individuo.

La intensificación desproporcional de la pena bajo la justificación de una mayor reprochabilidad del sujeto por desvincularse de la norma penal traslada la responsabilidad de la reincidencia al individuo. En ese contexto, el Estado trata de encubrir la ineficacia del sistema penitenciario, el cual carece de programas efectivos de rehabilitación y padece un hacinamiento alarmante, sancionando de manera doble al individuo por no haberse resocializado en la sociedad que, por su propia ineficacia estatal, hace imposible su reincorporación.

Ante un sistema legal que instrumentaliza la pena como un medio de neutralización o inocuización del individuo, los órganos jurisdiccionales del fuero ordinario no pueden mantener una postura de pasividad o neutralidad. El rol que debe asumir el magistrado frente al endurecimiento de las penas es de contrapeso; es decir, está en la obligación de ejercer el control difuso y de convencionalidad a fin de inaplicar estas normas penales que instrumentalizan al ser humano, devolviendo la racionalidad a la dosificación de la pena.

VIII. Referencias bibliográficas

- Alcocer, E. G. (2016). La reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones dogmáticas y de política criminal. [Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra].
- Angulo, M. & Suqui, G. (2023). Inconstitucionalidad del incremento de la pena por reincidencia. Polo del Conocimiento, 8(8), pp. 2128-2148.
- Barreto, H. (2001). Constitución Política y derecho penal de acto. Dignidad humana. Derecho Penal y Criminología, 22(71), 79-88. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1093/1036>
- Cárdenas, C. M. (2008). El principio de culpabilidad: Estado de la cuestión. Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, 15(2), pp. 67-86. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041323003>
- Chiroque, M. D. (2022). La influencia del populismo punitivo en la práctica judicial. Revista Oficial del Poder Judicial, 14(17), pp. 187-205. <https://doi.org/10.35292/ropj.v14i17.600>
- Jakobs, G. & Cancio, M. (2003). Derecho Penal del Enemigo. Thomson Civitas.
- Leonardo, D. A. (2024). Nuevas tendencias de la política criminal orientadas al derecho de autor y no de acto. Revista Diversidad Científica, 4(1), pp. 201-212. <https://doi.org/10.36314/diversidad.v4i1.116>
- Melgar, J. L. (2022). El ne bis in ídem como principio difuminado en la jurisprudencia penal nacional. Ius Vocatio, 5(5), pp. 71-95. <https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v5i5.607>
- Mendoza, A. (2018). Inconstitucionalidad de la reincidencia como circunstancia cualificada agravante de la pena. Revista de la Facultad de Derecho de México, 68(272-2), pp. 597-626. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67582>
- Muñoz, F. & García, M. (2010). Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch.

- Orosco, E. G. (2017). Verificación del cumplimiento de la finalidad constitucional de la resocialización en el Perú. *Revista Iuris Omnes*, 19(1), pp. 131-145. <https://csjarequipa.pj.gob.pe/main/revista/xix-no1/>
- Rojas, I. Y. (2009). La proporcionalidad en las penas. En Cienfuegos, D. & Cifuentes, M. (coords.), *El ilícito y su castigo. Reflexiones sobre la idea de sanción* (pp. 275-286). Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/31464>
- Romero Noboa, W. P., Zabala Silva, M. E., Lara Pilco, A. D., & Tipantuña Trujillo, B. I. (2024). Populismo punitivo; ¿solución o placebo social? *Tesla Revista Científica*, 4(1), pp. 1-15. <https://doi.org/10.55204/trc.v4i1.e348>
- Silva, J. M. (2025). El retorno de la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 8, pp. 177-188. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2196>