



Control de reiterancia delictiva

Reincidencia

Control of repeat offenses

Recidivism

Controle de reincidência

Reincidência

ARTÍCULO ORIGINAL

Adler Arquímedes Justiniano Guerra

ajustiniano@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8389-6791>

Corte Superior de Justicia de Huánuco, Huánuco - Perú

Recibido 25 de Junio 2026 | Arbitrado y aceptado 12 de Julio 2026 | Publicado el 08 de Agosto 2026

RESUMEN

El presente trabajo analiza los diferentes pronunciamientos respecto al instituto de la reincidencia a fin de identificar cada uno de los elementos que configuran dicho instituto, con el objeto de establecer los elementos necesarios para configurar la reincidencia en la actualidad, en el marco de la ley vigente, analizando de manera exhaustiva la interpretación que se le viene dando a dicho instituto para su configuración, en cuanto a la concurrencia de una pena privativa de libertad de carácter efectiva, la excarcelación del agente del establecimiento penitenciario en el que se encontraba internado, así como, los pronunciamientos que ratifican la constitucionalidad del instituto de la reincidencia.

Palabras clave: *reiterancia, reincidencia y excarcelación.*

ABSTRACT

This paper analyzes the various pronouncements regarding the concept of recidivism in order to identify each of the elements that constitute it. The aim is to establish the necessary elements for defining recidivism today, within the framework of current law. It exhaustively analyzes the interpretation given to this concept for its configuration, specifically regarding the concurrence of an effective prison sentence, the release of the offender from the penitentiary where they were incarcerated, and the pronouncements that uphold the constitutionality of the concept of recidivism.

Keywords: *recidivism, reoffending, and release from prison.*

RESUMO

Este artigo analisa os diversos pronunciamientos sobre o conceito de reincidência, a fim de identificar cada um dos elementos que a constituem. O objetivo é estabelecer os elementos necessários para a definição de reincidência na atualidade, dentro do quadro jurídico vigente. Analisa-se exhaustivamente a interpretação dada a esse conceito em sua configuração, especificamente no que diz respeito à ocorrência simultânea de pena de prisão efetiva, à soltura do infrator do estabelecimento penitenciário onde estava encarcerado e aos pronunciamientos que sustentam a constitucionalidade do conceito de reincidência.

Palavras-chave: *reincidência, reincidência criminal e soltura de presos.*

Introducción

La reincidencia como institución jurídico penal y su procedencia ha sido objeto de distintos y disimiles pronunciamientos, en distintos tonos de interpretación, en cuanto a su configuración, esto es, si la pena a la que se hace referencia tendría que ser de carácter efectivo o por el contrario esta pena tendría que ser de carácter suspendido, asimismo, se ha debatido sobre el carácter constitucional o inconstitucional de la reincidencia y ahora último se viene ventilando la fórmula que postula que para que se produzca la reincidencia el interno tendría que haber sido excarcelado del centro penitenciario en el que venía purgando condena, por lo que se hace necesario el análisis de los diferentes pronunciamientos en cuanto a la institución de la reincidencia, en tanto, se presentan pronunciamientos propugnando que la reincidencia no se presenta antes que el agente sea internado en un centro penitenciario, ni antes que este egrese del establecimiento penitenciario, habiendo sido ampliamente cuestionado y debatido sobre el extremo de la configuración de la reincidencia ante la existencia de una pena efectiva y no una pena suspendida u otro carácter de pena, en ese sentido es preciso analizar cada una de las posturas adoptadas y aceptadas por la comunidad jurídica en cuanto a la institución de la reincidencia, para lo cual, es necesario partir de las más recientes en camino a las más antiguas.

Se ha publicado recientemente lo resuelto en el recurso de nulidad emitido por la Sala Penal Permanente, mediante Casación N.º 125-2021 del Santa, mediante el que se precisa:

Según el artículo 46-B del Código Penal, el cumplimiento será total cuando el agente terminó íntegramente la pena impuesta. El cumplimiento se entenderá parcial cuando el agente sufrió solo una porción de la pena asignada, no toda ella. En este último caso, se entiende que el agente ha de haber dejado de cumplir la pena impuesta sea por su agotamiento o debido a situaciones tales como: excarcelaciones por beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del establecimiento penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera (Casación N.º 125-2021-El Santa, de la Corte Suprema, Sala Penal Permanente, 18 de octubre de 2022).

Cuando la nulidad en comento hace referencia de la reincidencia, parte de la premisa: después del cumplimiento de una pena, siendo esta de forma total o parcial, esto es, el dispositivo legal se refiere al cumplimiento total o parcial de una pena conminada, no haciendo ninguna clase de distinción sobre el contexto factico de encontrarse internado el agente dentro de un centro penitenciario o haber egresado del mismo.

Se tiene en principio que la reincidencia trata de castigar los delitos cometidos de forma posterior por una persona que ha purgado su condena (total) o se encuentra purgando su condena (parcial), es decir; si el cumplimiento total de la pena significa haberse encontrado el interno el total de la pena recluido en un centro penitenciario, el cumplimiento parcial de la pena, en consecuencia, significa que el interno ha estado recluido en un centro penitenciario por un periodo parcial, una porción de la pena, significa que no se ha cumplido el total de la pena, no siendo relevante, si se produjo o no la excarcelación del reo en dicho caso.

Dicha interpretación tendría razón de ser, si es que la gravedad de la reincidencia resulte de la permanencia del agente en un establecimiento penitenciario, sin embargo, lo que se trata de sancionar y se pondera, es la pena por la comisión de un segundo delito (dos ilícitos) dentro de un determinado plazo, el mismo que no se excede de 5 años, tal como lo establece el artículo 46-B del Código Penal.

En consecuencia; consideramos que resulta preciso: se establezca un tipo penal que contenga las características especiales y las características del contexto de la comisión de los delitos dolosos al ser ejecutados al interior de un penal, esto es, que ante la comisión de un ilícito penal cuando se viene purgando pena (condenado), se encuentran dentro de un establecimiento penal en el transcurso de un proceso penal (procesados) e incurrir en un nuevo delito doloso la pena por esta comisión respondería a la circunstancia especial de encontrarse en un centro penitenciario al resguardo de los agentes del INPE y en estas condiciones continuar cometiendo ilícitos penales, esto, en tanto con la casación en mención se ha abierto un supuesto de hecho que no se encontraría regulado por nuestro sistema penal, en tal el 46-B del Código Penal, en el que se prescribe lo siguiente:

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente (...) La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Tampoco se aplica el plazo fijado para la reincidencia si el agente previamente beneficiado por una gracia presidencial o por una norma especial de liberación, incurre en nuevo delito doloso; en estos casos el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.

Análisis de los pronunciamientos sobre la configuración del instituto de la reincidencia

De los pronunciamientos analizados sobre la concurrencia de la reincidencia se ha podido rescatar los más relevantes a fin de identificar los elementos que configuran la reincidencia y sus diferentes extremos:

La habitualidad y la reincidencia

Podemos apreciar la distinción necesaria que se realiza entre la habitualidad y reincidencia por la Corte Suprema de Justicia de la Republica:

13. Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, y en torno a los problemas detectados y definidos en el numeral tres de los Antecedentes de este Acuerdo Plenario, se asumen los siguientes criterios de interpretación:

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 cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, 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 cualificada 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 cualificada, 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) (Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, IV Pleno Jurisdiccional de Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial, 18 de julio de 2008).

Se puede apreciar del pronunciamiento, en comentario, que tanto la figura de la reincidencia como la de la habitualidad constituyen instituciones diferentes dentro del sistema penal, siendo que en tanto la primera constituye circunstancia agravante cualificada, por la que, la pena se incrementa hasta en dos tercios por encima del máximo legal de la pena conminada, a consecuencia de repetir la conducta delictiva o reiterancia delictiva dentro de un periodo de tiempo de cinco (05) años, al contrario de lo que ocurre con la habitualidad que se trata de una conducta concurrente sobre uno o varios ilícitos penales sobre los cuales se tiene una única resolución criminal, circunstancia o elemento que unifica la conducta del delincuente convirtiéndolo en un delincuente habitual, por la proclividad de la conducta de este individuo a la comisión de ciertos ilícitos penales. Y, al contrario que una circunstancia agravante cualificada tal como ocurre en la reincidencia, la misma que constituye una característica especial del sujeto activo, quien presenta una tendencia a la comisión de ilícitos penales, constituyendo esta la forma de vida del delincuente habitual.

La excarcelación, entendida como el cumplimiento en parte de la pena, respecto de la reincidencia

La presente jurisprudencia entiende que es necesario que el agente sea excarcelado a fin de poder configurar la institución de la reincidencia en el caso en concreto, tal como se puede apreciar de su fundamento:

Fundada la casación. Según el artículo 46-B del Código Penal, el cumplimiento será total cuando el agente terminó íntegramente la pena impuesta. El cumplimiento se entenderá parcial cuando el agente sufrió solo una porción de la pena asignada, no toda ella. En este último caso, se entiende que el agente ha de haber dejado de cumplir la pena impuesta sea por su agotamiento o debido a situaciones tales como: excarcelaciones por beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del establecimiento penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera (Casación N.º 125-2021-Santa de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, 18 de octubre de 2022).

En la presente jurisprudencia se advierte que se presenta como una exigencia que el agente haya dejado de cumplir la pena por alguna de las razones que se expone, sin embargo, no se fundamenta o se sustenta cuáles serían las bases o el sustento factico o jurídico que solventan dicha afirmación, en tanto, la norma positiva prevista en el artículo 46-B del código penal se limita a referir sobre el cumplimiento total o parcial, no haciendo referencia o mención sobre a qué se refiere dicho cumplimiento de la pena, de forma total y menos aún al cumplimiento de la pena de forma parcial.

De igual forma, se postula por la Corte Suprema de Justicia de la Republica que necesariamente el agente tenga que egresar el centro penitenciario en el que se encuentra recluso para que los alcances de la reincidencia surtan efecto:

Reincidencia. - 1. Respecto de la reincidencia (artículo 46-B del Código Penal), a la fecha de comisión del delito, regía el Decreto Legislativo 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince. Es reincidente el agente que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso, concretamente en el delito de tráfico ilícito de drogas con agravantes (artículo 297 del Código Penal) –sin límite de tiempo [reincidencia de segundo grado]–. La pena, en los delitos graves enunciados por

el tercer párrafo de la disposición legal inicialmente citada, se aumenta en no menos de dos tercios por encima del plazo legal fijado para el tipo penal.

2. Un requisito de carácter objetivo de toda reincidencia es que el agente cometa otro delito después de haber cumplido en todo o en parte una pena por un delito doloso (reincidencia real y genérica), impuesta por una sentencia firme. Se requiere el cumplimiento total o parcial de la pena. El cumplimiento será total cuando el agente observó la integridad de la pena impuesta; ésta ya venció. El cumplimiento será parcial cuando el agente sufrió una fracción de la pena asignada, no toda ella. El agente ha de haber dejado de cumplir la pena, sea por su agotamiento o, antes, por diversas circunstancias: excarcelaciones anticipadas vía beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del Establecimiento Penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera (Casación N.º 399-2019-Lambayeque de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, 04 de noviembre de 2020).

Se precisa que el agente ha de haber dejado de cumplir la pena, sea por su agotamiento o, antes, por diversas circunstancias, enumerando estas circunstancias, dando a entender, que se trataría de una lista números clausus, en los que únicamente cabrían las circunstancias de excarcelación del centro penitenciario en el que se venía cumpliendo las penas, y, en consecuencia la reincidencia no alcanzaría al agente que se encuentra purgando aún una condena dentro de un centro penitenciario, aun cuando el segundo delito objeto del cómputo de reincidencia se haya cometido, dentro de los cinco años que estipula la norma sobre reincidencia, puesto que, únicamente se hace referencia a la excarcelación anticipada vía beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del Establecimiento Penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera.

Pena privativa de libertad como condición para la configuración de la reincidencia

La pena privativa de libertad de carácter efectiva se ha convertido en la única posibilidad de configuración de la reincidencia, tal como lo establece la Corte Suprema de Justicia de la República:

1. La clase de pena que puede dar lugar a la reincidencia ha ido variando con el tiempo. Inicialmente se trataba de una condena o, mejor dicho, pena privativa de libertad efectiva. La Ley número 30076 varió el presupuesto material de la reincidencia —texto que en este punto mantiene el precepto vigente, y aplicable al sub-lite. instituido por el Decreto Legislativo número 1181—, pues ya no mencionó la expresión: “condena privativa de libertad”, sino consignó la frase: “una pena”. Entonces, desde esa fecha, ya no se trata exclusivamente de la pena privativa de libertad, sino comprende toda clase de pena efectiva (Casación N.º 1459-2017-Lambayeque de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, 20 de setiembre de 2018).

El presente pronunciamiento recoge y reconoce el valor de la jurisprudencia encarnada en la comunidad jurídica y la práctica habitual de una forma de resolución ante un caso concreto, esto es, siempre se ha entendido al resolver sobre la reincidencia que se trata de la comisión de un delito al que se le haya condenado anteriormente con pena privativa de libertad de carácter efectiva y no sobre la condena suspendida u otro tipo de pena.

La comisión de un segundo ilícito penal, no habiendo ingresado el agente a un establecimiento penal

La Corte Suprema de Justicia establece que no es posible se configure la reincidencia si el agente no había ingresado al establecimiento penitenciario respectivo:

El encausado, cuando delinquiró en este caso, tenía impuesta una pena privativa de libertad que aún no había cumplido —no estaba en cárcel como correspondía—. En estos casos es evidente que la segunda pena debe cumplirse luego de que finalice la primera pena impuesta con antelación. Esta adición no es consecuencia de una reincidencia, sino de una lógica sucesiva de ejecución de penas pendientes de cumplir (Nulidad N.º 116-2018-Lima Norte de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, 19 de abril de 2018).

La circunstancia que se presenta en el precedente analizado nos ofrece mayores luces en cuanto a la circunstancias que agravan el supuesto de hecho de la institución de la reincidencia, encontrándose esta dentro de un rango intermedio de gravedad, respecto del concurso de delitos, circunstancia que agrava la conducta del agente,

produciéndose consecuentemente la suma de las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos de forma autónoma y no solo hasta tres tercios o la mitad por encima del máximo legal, supuesto que corresponde a los reincidentes, en el entendido que estos llegaron a cumplir el total de su pena o una porción de esta, por lo que, la excarcelación del agente como argumento para realizar el computo de la reincidencia pierde fuerza en tanto, no se precisa que el agente sea excarcelado, sino, que este haya cumplido o se encuentre cumpliendo una pena privativa de libertad de carácter efectivo.

Experiencia carcelaria

El agente delictivo al ingresar a un centro penitenciario adquiere cierto tipo de conocimientos y características especiales, es en merito a dichos conocimientos sobre el sistema penitenciario y sobre las características especiales que haya adquirido durante su estadía en un centro de reclusión, por lo que es pasible de aplicársele la institución de la reincidencia:

Reincidencia y necesidad de que la condena previa sea a pena privativa de libertad efectiva. La circunstancia de agravación cualificada de la reincidencia se aplica excepcional y restrictivamente a quien incurra en nuevo delito doloso en un lapso que no supere los cinco años a partir del cumplimiento total o parcial de una condena a pena privativa de libertad efectiva. En tales supuestos, la peligrosidad del agente y la necesidad de prevención especial justifican el trato pronunciadamente diferenciado, en términos de punición, que se tiene para con el reincidente conocedor de la experiencia carcelaria (R.N. N.º 2101-2017-Lima Norte de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, 29 de enero de 2018).

Se aprecia que el trato diferenciado que se le confiere al agente catalogado como reincidente obedece a las condiciones personales del propio agente, en tanto, este cuenta con un conocimiento amplio e íntimo del sistema penitenciario, siendo esto traducido como experiencia carcelaria, siendo esto, justificado en el carácter personal y la circunstancia de peligrosidad del agente, así como la necesidad de prevención especial que propugnan los fines de la pena.

Constitucionalidad de la ley que versa sobre el instituto de la reincidencia

El Tribunal Constitucional en la acción de inconstitucionalidad de la ley sobre la reincidencia se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad de la reincidencia, de la siguiente forma:

23. Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in ídem*. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.

24. El primer delito cometido —aquel que es objeto de consideración— no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; 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 —es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento— 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. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*.

38. Pero el principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito “A”, la figura de la reincidencia faculta al juez para evaluar otros delitos anteriormente cometidos, a los que llamaremos “B”, para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe “B”, esto constituirá un elemento que agravará la reprobabilidad del delito “A”, y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel una reprobación mucho mayor que la que le correspondería si se considerase el delito “A” de modo aislado.

39. Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2°, inciso 24, literal “F”, 37°, 140° Y 173° de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N° 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional (Acción de Inconstitucionalidad en el EXP. N.° 0014-2006-P1/TC del Tribunal Constitucional, 19 de enero de 2007).

El Tribunal constitucional ha realizado el respectivo test de constitucionalidad, resultando de este que la institución de la reincidencia no contraviene el principio de *ne bis in idem*, en tanto que la reincidencia no es contraria, ni infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso, en consecuencia, en tanto que la adición o la mayor gravedad de la segunda pena impuesta obedece precisamente a ello, la comisión de un segundo ilícito penal, habiéndose cumplido la pena total o parcial del primer ilícito objeto de condena, en consecuencia la ley que se refiere a la reincidencia es considerada constitucionalmente legítima, y consecuentemente no se infringe ningún principio de carácter penal.

Inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia

En el mismo sentido el Tribunal constitucional emite la siguiente sentencia:

51. Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in idem*. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.

52. El primer delito cometido —aquel que es objeto de consideración— no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; 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 —es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento— 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. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal agravante de la pena atribuible al delito de terrorismo no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*. En este particular extremo, el artículo 9° del Decreto Ley 25475 no adolece de vicio de constitucionalidad (Acción de Inconstitucionalidad en el EXP. N.° 003-2005-PI/TC del Tribunal Constitucional, 09 de agosto de 2006).

Se corrobora que la institución de la reincidencia no se encuentra viciada de inconstitucionalidad, esto es, la pena establecida al verificarse la reincidencia no deja de ser proporcional, en tanto, el tratamiento agravado que se le da a la reincidencia obedece a la comisión de un segundo ilícito penal, pese a haberse condenado al agente y haber sido este internado en un establecimiento penitenciario y haber cumplido todo o en parte la pena conminada, por lo que, además de ejercer prevención especial respecto de la peligrosidad y proclividad del agente a la comisión de ilícitos penales. También se sanciona la contravención a los fines de la pena, como son: la reeducación, la resocialización y la reinserción a la sociedad fines de la pena, en tanto el agente reincidente no solo quebranta en dos oportunidades el sistema penal, sino que quebranta y desnaturaliza los fines del sistema penitenciario y los fines de la pena.

Jerarquía de principios y normas aplicados a la reincidencia

Es preciso se parta desde una estructura mayor hacia una menor, dentro de una estructura jerárquicamente organizada de carácter sólido y justificado ampliamente por las bases del mismo, esto es, estas no pueden encontrarse sustentadas en meras normas positivizadas y circunstanciales, muchas veces populistas, esto en tanto, existe una clara incongruencia en la aplicación de dichas normas positivas, puesto que mientras el tiempo transcurre y las circunstancias cambian dependiendo el espacio en el que se produzcan los fenómenos delictivos, las normas positivas se quedan estáticas en el tiempo y se pretenden aplicar a un espacio (territorio) extenso, por naturaleza, con

características y condiciones individuales, singulares, únicas y distintas entre las mismas.

Maxime; dichas normas positivas no son de aplicación para hechos ocurridos antes de su vigencia y consecuentemente los problemas de aplicación o interpretación de la norma aparecen, en tanto que dichas normas han sido pensadas y confeccionadas en un tiempo distinto. Pudiéndose advertir los problemas en cuanto a la interpretación de dichas normas desfazadas, una vez transcurridos los años sobre ella, en tanto resulte imposible se calce la norma positiva sobre un hecho concreto, por la falta de concordancia de tiempos, esto es, tiempo de producción de la norma y tiempo de producción del hecho, teniéndose como referencia, el tiempo que inspiró la producción normativa.

Teniéndose los argumentos previos como base, nos atrevemos a postular la siguiente estructura jerárquica sobre la cual se tendrían que respaldar futuros pronunciamientos respecto de la interpretación y la aplicación de la ponderación sobre el caso particular de la reincidencia:

Objetivo y fin

La base de esta estructura debe estar conformada por el objetivo que se pretende alcanzar con dicha norma positiva, esto es, hacia donde está encaminada dicha norma y cuál es el fin de la misma.

Norma positiva

En un segundo peldaño debe encontrarse la norma misma, a fin de analizar su estructura lingüística y su procedencia dentro del ordenamiento jurídico de forma sistemática.

Ofensividad y Proporcionalidad

En un tercer peldaño, debe considerarse el perjuicio ocasionado o el peligro incrementado, conforme el principio de ofensividad, esto es, que la conducta tenga la capacidad de producir perjuicio y la vulneración de un bien jurídico protegido por el

ordenamiento jurídico penal, debiéndose deslindar sobre el alcance del derecho penal, en tanto “*ultima ratio*”.

Con observancia estricta del principio de proporcionalidad, esto a fin de evitar condenas y sanciones desproporcionales, teniéndose como sustento el bien jurídico vulnerado, la responsabilidad y la participación del sujeto activo (individuo activo), dentro de los cuales se puede diferenciar fácilmente la comisión u omisión, comisión por omisión, cuando se tiene el deber de garante, la responsabilidad a título de dolo o culpa, incluyéndose en esta, el dolo eventual y los otros tipos de dolo reconocido por el ordenamiento jurídico de turno.

Legitimidad

La legitimidad de la acción debe de evaluarse a fin de determinarse si la conducta transgrede o contraviene los preceptos de determinada norma o normas legales, pudiéndose determinar el grado de ilegitimidad respecto del número de normas que se contraviene o trasgrede.

Principio interviniente

La norma positiva obedece a un principio del derecho, siendo este de carácter y condición de derecho fundamental y sobre derechos humanos reconocidos por el Estado al que se le atribuye el “jus puniendi”, todo ello con vocación e inspirada en una justicia universal en franco desarrollo, por lo que, resulta necesario que los principios en mención se erijan como único soporte y faro que guíe el devenir y el futuro del derecho penal y consecuentemente del ordenamiento jurídico.

Valor

Finalmente y de forma esencial debe de ventilarse siempre que se asuma una interpretación, sin perjuicio de la subsunción que se aplique en las normas positivas que versan sobre el caso concreto y que consiguientemente tengan consecuencias posteriores, tal como ocurre en la mayor parte de la aplicación normativa positiva, por lo que, resulta necesario para todo operador jurídico tener una observancia estricta del valor que se viene ventilando en determinada interpretación (ponderación), a fin que dicha causa se resuelva en pro del valor en mención y no sobre las bases de la política

criminal temporal y aplicada en determinado espacio físico, circunstancia que desnaturaliza la vocación de justicia esperada.

Análisis del dispositivo legal sobre reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente.

En principio el extremo, “El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena,” se divide en dos partes, el que ha cumplido en todo, la pena que se le impuso, lo que se entiende perfectamente y el extremo aún discutible de: “El que, después de haber cumplido en parte una pena,” este es, el que no llegando a cumplir con el total de la pena impuesta comete un nuevo delito doloso, no resultando necesario se precise a que se refiere dicho extremo, en tanto debe entenderse únicamente que no se cumplió la pena en su totalidad, no resultando de relevancia la excarcelación del agente del centro penitenciario en el que se hallare recluido, en tanto como se puede apreciar del siguiente capítulo en dicho extremo no recae la calibración de la gravedad en la sanción de la reincidencia.

Analicemos el extremo central de la condición de reincidente: “incurre en nuevo delito doloso”

El aspecto central y el objeto de la institución de la reincidencia es justamente evitar la comisión de un segundo ilícito penal por parte de quien anteriormente haya sido condenado y cumplido su condena o parte de la misma, reforzando de esta manera, la prevención general que existe ya sobre toda norma conminada con una pena determinada, en tanto que ante la concurrencia de la reincidencia dicha pena se incrementa hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal o se aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Valor negativo y valor positivo de la norma analizada

La norma primaria en el caso de reincidencia sería no cometer un nuevo delito en un determinado plazo y consecuentemente la norma secundaria vendría a ser; El que,

después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente.

El valor vendría a ser “evitar la reiterancia delictiva”

Norma primaria: no incurrir en nuevo delito

Norma secundaria: incurrir en nuevo delito doloso

En consecuencia, lo que se pretende mediante dicha prohibición es evitar que los delinquentes primarios vuelvan a cometer ilícitos penales, circunstancia que agrava su situación, y no el hecho de que estos cometan nuevos ilícitos penales encontrándose al interior o exterior de un centro penitenciario, luego de haber cumplido o estar cumpliendo una pena.

El presente trabajo postula, que el instituto de la reincidencia en el Perú tiene como fin último sancionar con mayor gravedad las conductas cometidas por el individuo que en una primera oportunidad ha cometido un delito y ha sido condenado por el mismo, esto dentro del fin de la pena, el mismo que versa sobre la protección general y la protección especial, correspondiendo el extremo objeto de análisis precisamente a la llamada protección especial, que no es otra cosa que prevenir que el delincuente que ha cumplido el total de la pena o parte de la misma, no vuelva a cometer un nuevo ilícito penal, agravando la comisión del segundo delito, la comisión precisamente del primer ilícito penal, sirviendo el instituto de la reincidencia como apercibimiento o advertencia en procura de que el mismo condenado no vuelva a delinquir, objetivo final de la ley penal y de la prevención especial, esto en tanto, dentro de la **faceta positiva o preventivo-integradora** se trata de reintegrar, resocializar o reeducar al delincuente condenado y dentro de la **faceta negativa**, se emplea la condena como intimidación individual para alejar al delincuente potencial de la criminalidad, resultando un auxiliar indispensable y necesario de la pena, la conminación de la sanción con una pena de mayor gravedad ante la comisión de un nuevo ilícito penal, lo que resulta aflictivo para cualquier individuo, encontrándose el condenado cumpliendo la pena inicial de forma parcial o habiendo cumplido en todo dicha pena.

La reincidencia en el derecho comparado

Postura que cuenta con respaldo en el derecho comparado español, en la sentencia emitida por el **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal** – Madrid, en el recurso de casación STS 5889/2003, del 30 de setiembre del 2003, en el que se precisa lo siguiente:

El fundamento de la reincidencia es la mayor peligrosidad que se acredita en el sujeto por su inclinación a cometer la misma clase de delito, por lo que el plus de punición se justifica por una razón de prevención especial orientada a la reforma de aquella inclinación, por más que, desde otra perspectiva más criminológica, la reincidencia acredite el fracaso de la respuesta carcelaria. En todo caso, es obvio que la exigencia de que sean de la misma naturaleza supone que morfológicamente, la forma de ataque al bien jurídico sea o provenga desde y a través de una misma manera, y ello no ocurre en quien vende droga y luego --o antes-- ha alterado sustancias alimenticias, aunque ambas infracciones estén en el mismo Título del Código (Casación STS 5889/2003-Madrid del **Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 30 de setiembre de 2003**).

No compartiendo el presente pronunciamiento en el extremo de la exigencia de la homogeneidad de los ilícitos objeto de reincidencia, más aún, si estos se encuentran dentro de un establecimiento penitenciario, en tanto, dicha circunstancia da cuenta de lo precario de nuestro sistema penitenciario y de lo lejos que se encuentra de alcanzar la meta de resocialización, en tanto que, de ser de esta forma, los condenados que hayan cumplido en todo o en parte su condena no podrían cometer nuevamente ilícitos de la misma naturaleza al que fueron objeto de condena, pero, se encontrarían habilitados para la comisión de nuevos ilícitos de distinta naturaleza, lo que a todas luces resulta contradictorio para un sistema que tiene como fin en concreto la prevención general y prevención especial de la conducta criminal, cualquiera fuera la naturaleza de esta.

En otro extremo es necesario se desarrolle un articulado especial sobre la comisión de ilícitos y faltas administrativas encontrándose los condenados purgando condena, al igual que los procesados que se encuentran con medidas cautelares personales recluidos dentro de establecimientos penitenciarios.

Incrementándose la gravedad de la pena en el sentido que aun estando el condenado bajo la tutela del Estado, comete un nuevo ilícito penal doloso, e, incluso más grave que al encontrarse dentro de un centro penitenciario custodiado por personal del INPE, y contraviniendo no solo las normas generales que cualquier ciudadano debe cumplir sino también las normas y reglamentos de un establecimiento penitenciario así como las normas penitenciarias, lo que a consideración del presente trabajo incrementa la gravedad de la conducta delictiva cometida por el interno.

Maxime se tiene como sustento social, que es precisamente de los centros penitenciarios que se viene produciendo la comisión de ilícitos penales graves, tales como la extorsión, secuestro, sicariato, entre otros delitos graves, por lo que, el hecho de encontrarse recluso en un centro penitenciario no puede resultar siendo un escudo protector del delincuente, que dentro de la comodidad de su celda ordena y comanda la comisión de los más atroces ilícitos penales, al igual que la comisión de ilícitos por propia mano, que son cometidos dentro de los recintos penitenciarios y muchas veces no existen mayores diligencias, en tanto se presume un ajuste de cuentas y que habría *“muerto en su ley”*, puesto que de lo contrario tendríamos que conceder razón a los que postulan la abolición del derecho penal, por cuanto, se estaría desnaturalizando los fines del derecho penal y creándose por el contrario una trinchera criminal de la cual los delincuentes culpables y condenados por un delito inicial pueden cometer cualquier ilícito penal, sin la sanción enérgica que debería corresponder al contravenir por una segunda vez el ordenamiento jurídico penal.

Asimismo; en el recuro de Casación N.º 399-2019 – Lambayeque, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, se precisa:

2. Un requisito de carácter objetivo de toda reincidencia es que el agente cometa otro delito después de haber cumplido en todo o en parte una pena por un delito doloso (reincidencia real y genérica), impuesta por una sentencia firme. Se requiere el cumplimiento total o parcial de la pena. El cumplimiento será total cuando el agente observó la integridad de la pena impuesta; ésta ya venció. El cumplimiento será parcial cuando el agente sufrió una fracción de la pena asignada, no toda ella. El agente ha de haber dejado de cumplir la pena, sea por su agotamiento o, antes, por diversas circunstancias: excarcelaciones anticipadas vía beneficios penitenciarios, derecho de

gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del Establecimiento Penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera (Casación N.º 399-2019-Lambayeque, de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, 04 de noviembre de 2020).

Cuando se hace referencia a la reincidencia real y genérica, se habla del cumplimiento total o parcial de una pena dentro del plazo de cinco años. Mencionando que el cumplimiento será total cuando el agente observó la integridad de la pena impuesta; ésta ya venció, circunstancia que no se encuentra en discusión, sin embargo, se realiza el desarrollo de lo que se considera el cumplimiento parcial de la pena, desprendiéndose que el cumplimiento será parcial cuando el agente sufrió una fracción de la pena asignada, no toda ella. Y que el agente haya dejado de cumplir la pena, adición que no se extrae de la norma positiva, y que evidentemente se contradice con el primer enunciado, en tanto que, únicamente se precisa sobre el cumplimiento parcial cuando el agente sufre una fracción de la pena asignada, y no toda ella, por lo que la precisión posterior en cuanto al agotamiento, por diversas circunstancias: excarcelaciones anticipadas vía beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del Establecimiento Penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera, resulta innecesario e injustificado, además de contradictorio e incongruente con los fines de la pena, en su vertiente especial.

De igual forma; en el Recurso de Nulidad N.º **181-2018-Lima Norte**, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se precisa:

SÉPTIMO. Que es evidente, sin embargo, que ambas figuras jurídico penales no pueden concurrir: o se es reincidente o se aplica el concurso real retrospectivo. La reincidencia claramente no concurre porque el delito juzgado en esta causa es de fecha anterior a la sentencia que impuso pena efectiva al recurrente. El concurso real retrospectivo requiere de un trámite contradictorio RECURSO NULIDAD N.º 181-2018/LIMA NORTE – 4 – previo –que no se hizo en este plenario–, con intervención de la Fiscalía Superior y del imputado, así como con la ulterior determinación por el Tribunal Superior de la aplicación o no del artículo 51 del Código Penal. Cabe indicar que si el Tribunal Superior mencionó la reincidencia, pero no la aplicó en el fallo, por lo

que no cabe pronunciamiento alguno para reformar la pena etcétera (Nulidad N.º 181-2018-Lima Norte, de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, 20 de marzo de 2018).

Se advierte del pronunciamiento anterior, que tanto la institución de la reincidencia como el concurso real retrospectivo versan sobre diferentes instituciones, por lo que, en consecuencia, no se pueden confundir unas de las otras, siendo la naturaleza y el objetivo de las mismas totalmente diferentes, las mismas, en tanto que mientras en la reincidencia se pretende prevenir la comisión de nuevos ilícitos penales por parte de agentes primarios con condena firme y que hayan cumplido su pena de forma total o parcial, versando esta institución sobre hechos futuros respecto de la condena y el cumplimiento de esta y no al contrario como ocurre en el caso del concurso real retrospectivo en el que se presenta o se conoce la comisión de un ilícito anterior a la condena y cumplimiento de la pena emitida posteriormente, en tanto, se desconocía sobre la comisión del primer ilícito penal.

Referencias:

Corte Suprema de Justicia de la República (2008), IV Pleno Jurisdiccional de Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial. Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116. 18 de julio de 2008.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Casación N.º 1459-2017-Lambayeque. Sala Penal Permanente. Lambayeque: 20 de setiembre de 2018.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018). R.N. N.º 2101-2017-Lima Norte. Sala Penal Permanente. Lima: 29 de enero de 2018.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Recurso de Nulidad N.º 116-2018-Lima Norte. Sala Penal Permanente. Lima: 19 de abril de 2018.

Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Recurso de Nulidad N.º 181-2018-Lima Norte. Sala Penal Permanente. Lima: 20 de marzo de 2018.

Corte Suprema de Justicia de la República (2020). Casación N.º 399-2019-Lambayeque. Sala Penal Permanente. Lambayeque: 04 de noviembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia de la República (2020). Casación N.º 399-2019-Lambayeque. Sala Penal Permanente. Lambayeque: 04 de noviembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia de la República (2022). Casación N.º 125-2021-El Santa. Sala Penal Permanente. El Santa: 18 de octubre de 2022.

Corte Suprema de Justicia de la República (2022). Casación N.º 125-2021-Santa. Sala Penal Permanente. Santa: 18 de octubre de 2022.

Tribunal Constitucional (2006). Acción de Inconstitucionalidad en el EXP. N.º 003-2005-PI/TC. 09 de agosto de 2006.

Tribunal Constitucional (2007). Acción de Inconstitucionalidad en el EXP. N.º 0014-2006-P1/TC. 19 de enero de 2007.

Tribunal Supremo (2003). Casación STS 5889/2003-Madrid. Sala de lo Penal. Madrid: 30 de setiembre de 2003.

Financiamiento de la investigación

Con recursos propios.

Declaración de intereses

Declaro no tener ningún conflicto de intereses, que puedan haber influido en los resultados obtenidos o las interpretaciones propuestas.

Declaración de consentimiento informado

El estudio se realizó respetando el Código de ética y buenas prácticas editoriales de publicación.

Derechos de uso

Copyright© 2026 por **Adler Arquímedes Justiniano Guerra**



Este texto está protegido por la Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

Usted es libre para compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato y adaptar el documento, remezclar, transformar y crear a partir del material para cualquier propósito, incluso comercialmente, siempre que cumpla la condición de atribución: usted debe reconocer el crédito de una obra de manera adecuada, proporcionar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que tiene el apoyo del licenciante o lo recibe por el uso que hace.