



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**ESTUDIO AL SISTEMA DE PENA APLICABLE AL CONCURSO
REAL DE DELITOS Y SU AFECTACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE
REEDUCACIÓN, REHABILITACIÓN Y REINCORPORACIÓN
DEL PENADO**

TESIS

PRESENTADA POR:

Bach. ROGGER ROSELL COAQUIRA VELASCO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO - PERÚ

2022



DEDICATORIA

A mis padres Hugo Rosell Coaquira Mamani y Juana Maria Velasco Ala por haberme dado siempre su apoyo y cariño, a quienes les debo todo.

A mis hermanos Cristian y Miguel, quienes nunca deberán dudar que pueden contar conmigo.

A Carolina, por haberme acompañado en gran parte de mi vida, dándole alegría a la misma.

Rogger Rosell



AGRADECIMIENTOS

A la Facultad de Ciencias y Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional de Altiplano, por haberme instruido en el Derecho.

Rogger Rosell



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE FIGURAS

LISTA DE ACRÓNIMOS

RESUMEN 9

ABSTRACT..... 10

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 11

1.1.1. Identificación del problema 11

1.1.2. Descripción del problema 11

1.2. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN..... 13

1.2.1. Problema general 13

1.2.2. Problemas específicos..... 13

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN 13

1.4. OBJETIVOS 14

1.4.1. Objetivo general 14

1.4.2. Objetivos específicos 14

CAPÍTULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. TEORÍA DE LA PENA 15

2.1.1. Teorías absolutas 15

2.1.2. Teorías relativas..... 22

2.2. PLURALIDAD O CONCURSO DE DELITOS 27

2.2.1. Concurso ideal o formal de delitos 28

2.2.2. Concurso real o material de delitos 31



2.2.3. Concurso aparente de leyes penales	37
2.3. RÉGIMEN PENITENCIARIO	38
2.3.1. Principio de resocialización.....	39
2.4. LEY N° 28730	41
2.4.1. Contenido.....	41
2.4.2. Proyectos de ley	42
2.4.3. Dictamen.....	43
2.4.4. Debate en pleno del congreso	44
CAPÍTULO III	
MATERIALES Y MÉTODOS	
3.1. METODOLOGÍA	46
3.1.1. Enfoque de investigación.....	46
3.1.2. Diseño de investigación.....	46
3.1.3. Tipo de investigación.....	47
3.1.4. Universo y ámbito de estudio	48
3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	49
3.2.1. Método dogmático	49
3.2.2. Método inductivo.....	49
3.2.3. Método hermenéutico	49
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	50
3.3.1. Técnicas	50
3.3.2. Instrumentos	50
CAPÍTULO IV	
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	
4.1. RESPECTO AL PRIMER OBJETIVO ESPECÍFICO.....	51
4.1.1. Origen de la sumatoria de pena	51
4.2. FUNDAMENTOS DE LA LEY N° 28730.....	52
4.2.1. Proyecto de Ley N° 7103/2002-CR.....	52
4.2.2. Proyecto de Ley N° 8498/2003-CR.....	54



4.2.3. Proyecto de Ley N° 08828/2003-CR.....	55
4.2.4. Proyecto de Ley N° 13454/2005-CR.....	58
4.2.5. Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, referidos sobre proyectos de Ley referidos a la modificación del artículo 50° del Código Penal y otros numerales del mismo ordenamiento.....	60
4.2.6. Debate en sesión del pleno del congreso	66
4.3. RESPECTO AL SEGUNDO OBJETIVO ESPECIFICO	73
4.3.1. Finalidad y función del régimen penitenciario	73
4.3.2. Función de la pena dentro de la teoría de la pena.....	81
4.4. RESPECTO AL TERCER OBJETIVO ESPECÍFICO	83
4.4.1. Afectación del sistema de penas a su finalidad	83
4.4.2. Demagogia.....	83
4.4.3. Hacinamiento penitenciario	85
4.4.4. Gasto público	90
4.4.5. La reeducación.....	92
4.4.6. La rehabilitación	95
4.4.7. La reincorporación o reinserción	96
V. CONCLUSIONES.....	100
VI. RECOMENDACIONES	102
VII. REFERENCIAS.....	103
ANEXOS.....	108

Área : Ciencias Sociales
Línea : Derecho
Sub línea : Derecho Penal
Tema : Teoría General del Delito

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 09 de noviembre de 2022



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Estadística de la capacidad penitenciaria del Perú.....	86
Figura 2. Gráfico de la población penitenciaria anual.....	87
Figura 3. Gráfico de la población penitenciaria en quinquenios.....	88
Figura 4. Gráfico de la evolución de la población penal y la capacidad de albergue.....	88
Figura 5. Gráfico de la evolución de porcentaje en quinquenios.....	89
Figura 6. Descripción del establecimiento penitenciario de Juliaca.....	94
Figura 7. Descripción del establecimiento penitenciario de Puno.....	94



LISTA DE ACRÓNIMOS

Art.	: Artículo
CP	: Código Penal
CPP	: Código Procesal Penal
D.L.	: Decreto Legislativo
Et al	: Y otros
INPE	: Instituto Nacional Penitenciario
p.	: Página
pp.	: Páginas
PL	: Proyecto de Ley



RESUMEN

Nuestro ordenamiento jurídico adopta como sistema de pena aplicable al concurso real de delitos, la sumatoria de penas, conforme a los artículos 50° del Código Penal modificado mediante la Ley N° 28730; la consecuencia inmediata es una condena extensa. A partir del cual, se ha establecido como objetivo, determinar si el actual tratamiento legislativo respecto al sistema de pena aplicable al concurso real de delitos afecta los principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación plasmados en el artículo 139° inciso 22) de la Constitución; para cuyo efecto, se ha disgregado este objetivo general en tres partes, como son: Determinar los fundamentos que conllevaron a la adopción del actual sistema de penas, determinar si existe disparidad entre la finalidad normativamente reconocida para la pena y la finalidad perseguida por la sumatoria como sistema de pena; y, finalmente advertir los efectos del sistema de penas aplicable al concurso real de delitos que afectan la finalidad de la pena. La investigación ha empleado un enfoque cualitativo, con diseño dogmático-jurídico y documental; se ha optado como métodos de investigación por el dogmático, inductivo y hermenéutico, en tanto la investigación es de tipo descriptivo y explicativo. En esa línea, se ha concluido que la razón esencial que conllevó a adoptar el sistema de sumatoria de penas es pretender contrarrestar la criminalidad a través de la agravación de penas; misma que se configura como un argumento demagógico en tanto no presenta respaldo objetivo y técnico; sistema de penas que genera periodos de encarcelación extensos que en suma aúnan el hacinamiento penitenciario existente, además de un gasto público inadecuado, lo cual difiere de la finalidad establecida para la pena, afectando la reeducación, rehabilitación y reincorporación como componentes de la resocialización reconocida constitucionalmente, en tanto no permiten se efectivicen estas últimas.

Palabras Clave: Ley N° 28730, Concurso real, Resocialización, Código Penal, Constitución.



ABSTRACT

Our legal system adopts as a penalty system applicable to the real competition of crimes, the sum of penalties, in accordance with articles 50 of the Penal Code modified by Law No. 28730; the immediate consequence is a lengthy sentence. From which, it has been established as an objective, to determine if the current legislative treatment regarding the penalty system applicable to the real contest of crimes affects the principles of reeducation, rehabilitation and reincorporation embodied in article 139, paragraph 22) of the Constitution; for which purpose, this general objective has been disaggregated into three parts, such as: Determine the foundations that led to the adoption of the current system of penalties, determine if there is a disparity between the normatively recognized purpose for the penalty and the purpose pursued by the sum as a penalty system; and, finally, notice the effects of the penalty system applicable to the actual competition of crimes that affect the purpose of the penalty. The research has used a qualitative approach, with a dogmatic-legal and documentary design; The dogmatic, inductive and hermeneutical research methods have been chosen, while the research is descriptive and explanatory. In this line, it has been concluded that the essential reason that led to the adoption of the penalty summation system is to try to counteract criminality through the aggravation of penalties; same that is configured as a demagogic argument insofar as it does not present objective and technical support; penalty system that generates long incarceration periods that, in short, combine the existing prison overcrowding, in addition to inadequate public spending, which differs from the purpose established for the penalty, affecting reeducation, rehabilitation, and reintegration as components of recognized resocialization constitutionally, as long as they do not allow the latter to be carried out.

Keywords: Law N° 28730, Bankruptcy, Real, Resocialization, Constitution



CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Identificación del problema

Nuestro ordenamiento jurídico concibe el concurso de delitos, dentro de los cuales encontramos como uno de sus más resaltantes, el concurso real de delitos; la particularidad de los concursos, es que su concepción trae también a colación un análisis necesario al sistema de penas aplicable, tales como el de absorción y el de sumatoria, si bien aún existe discusión sobre cuál debería ser el sistema de penas aplicable al concurso real de delitos, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una postura, que es la de la sumatoria, tal como se describe en el artículo 50° del Código Penal.

La consecuencia inmediata de la sumatoria en el concurso real, como es deducible, es que frente a la comisión de más de un delito de manera independiente, se sumen las penas estipuladas para cada una de ellas, conllevando ello a la condena de periodos extensos en prisión; hecho frente al cual cabe cuestionarse si tales periodos permiten hacer efectivo la finalidad reeducativa, rehabilitadora y reincorporadora del régimen penitenciario a través de la pena, finalidad que se encuentra reconocida constitucionalmente por el artículo 139° inciso 22) de la Constitución Política del Perú.

1.1.2. Descripción del problema

El sistema de acumulación no es el sistema de pena asumido primigeniamente por nuestro código sustantivo en materia penal, dado que inicialmente el acogido era el sistema de absorción, pero tal alteración se dio con la modificatoria introducida por la Ley N° 28730, quien, a través de su artículo tercero, dispuso la modificación del artículo 50° del Código Penal, pasando así de la absorción a la sumatoria.



Si bien ello no resulta a primera vista discutible, dado que tal condena es solo la consecuencia de los delitos sobre los cuales los condenados fueron declarados culpables; tenemos por otro lado, al régimen penitenciario cuya finalidad a partir de lo estipulado por el artículo 139° inciso 22) de la Constitución Política del Perú, es la reeducación, rehabilitación y reincorporación, los cuales son componentes de la resocialización como posteriormente será desarrollado; en tal sentido, la incógnita que se crea es si las penas extensas aplicables en virtud de sistema sumatorio aplicable al concurso real de delitos, contribuye o no a la resocialización del penado, dado el hacinamiento y gasto público inadecuado que pudiera ser producto del primero; en el supuesto negado, nos encontraríamos frente a lo postulado como título de la presente investigación, una afectación del sistema aplicable al concurso real de delitos a los principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación, supuesto que resulta aún más portentoso si tenemos presente que ambas instituciones se encuentran reguladas normativamente a través del Código Penal y la Constitución Política del Perú respectivamente; aunado a ello, deberá identificarse los fundamentos que sirvieron para la asimilar como sistema aplicable la acumulación, ello a partir del análisis de los antecedentes normativos de la Ley N° 28730, dado que su análisis permitirá advertir si se ha tenido presente aspectos colaterales que pudieren verse afectados con dicha modificatoria.

En esa línea, los fines constitucionales para la pena que se vislumbran de la Constitución y el Código Penal, diferirían de la finalidad irradiada por la sumatoria de penas como actual sistema de penas aplicable al concurso real de delitos, dado que el primero, dentro de la teoría de la pena se funda en la teoría prevencionista, mientras que el segundo calza dentro de la teoría retribucionista.



1.2. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.2.1. Problema general

¿El actual tratamiento legislativo referente al sistema de pena aplicable al concurso real de delitos estipulado en el artículo 50° del Código Penal afecta los principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación plasmados en la norma constitucional a través de su artículo 139° inciso 22?

1.2.2. Problemas específicos

a) ¿Cuál es el fundamento que conllevó a adoptar la sumatoria como sistema de penas aplicable a los casos de concurso real de delitos?

b) ¿Difiere la finalidad de la pena postulada por nuestro ordenamiento jurídico, respecto de la finalidad que pretende la sumatoria de penas como sistema de pena aplicable en caso de concurso real de delitos?

c) ¿Qué efectos produce el sistema de penas aplicable al concurso de delitos que afecta la finalidad establecida para la pena?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Mediante la presente investigación se pretende denotar la existencia de afectación a los principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación plasmados en la norma constitucional a través de su artículo 139° inciso 22, por el sistema de penas aplicable al concurso real de delitos en virtud de lo estipulado en los artículos 50° y 51° del Código Penal, a partir del análisis de los fundamentos que motivaron el cambio de la absorción por el de la sumatoria como sistema de penas, a fin de denotar la deficiente labor legislativa del ente encargado, dado que como será objeto de análisis, los argumentos que la sustentan no presentan mayor amparo técnico, mucho menos tiene en consideración el aporte o perjuicio que podría representar la instauración de un nuevo sistema de penas en



la política criminal nacional, teniendo presente que la pena tanto en su imposición y ejecución representa parte de dicha política.

Así, la presente investigación pretende exponer las consecuencias producidas por el actual tratamiento legislativo referente al sistema de penas en caso de concurso real de delitos frente al régimen penitenciario actual de nuestro país.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. Objetivo general

Establecer si el actual tratamiento legislativo referente al sistema de pena aplicable al concurso real de delitos estipulado en el artículo 50° del Código Penal afecta los principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación plasmados en la norma constitucional a través de su artículo 139° inciso 22.

1.4.2. Objetivos específicos

a) Determinar el fundamento que conllevó a adoptar el sistema de sumatoria de penas en los casos de concurso real de delitos.

b) Determinar si la finalidad de la pena postulada por nuestro ordenamiento jurídico, difiere de la finalidad que pretende la sumatoria de penas como sistema de pena aplicable en caso de concurso real de delitos.

c) Establecer los efectos del sistema aplicable al concurso real de delitos que afecta la finalidad establecida para la pena.



CAPÍTULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. TEORÍA DE LA PENA

Estar inmerso dentro del mundo del derecho y sobre todo dentro del derecho penal nos permite entender que al lado de una teoría del delito, existe necesariamente una teoría de la pena como consecuencia de aquél; teoría que ha sido acogida en nuestra Constitución Política del Estado, a través del inciso 22 del artículo 139° “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. Conforme se advierte de la misma estipulación, la finalidad de la pena tiende a la resocialización reeducación y reinserción del delincuente dentro de nuestra sociedad. Es decir, ya nuestra carta fundamental opta por un criterio de resocialización y reinserción del delincuente como objeto de la pena; ello en contraposición a la teoría retribucionista que propugna la retribución como castigo al delincuente por sus actos.

Conforme a lo señalado, por mandato de nuestra Constitución Política del Estado el objeto de la pena dentro de nuestro sistema legal es fundamentalmente la prevención, sea ésta en sus vertientes de general positivo, general negativo, especial positiva o negativa; hecha esta afirmación es preciso ingresar a un estudio fundamental sobre lo que constituye la pena, sus vertientes, sus formas y sus teorías dentro de la propia teoría de la pena.

2.1.1. Teorías absolutas

A decir de Díaz y Badilla (2004):

Suelen denominar “teorías absolutas de la pena” todas aquellas construcciones teóricas que no vislumbran una finalidad ulterior en la pena, sino que dicha finalidad la



conlleva en sí misma. En otros términos, la pena se justifica a sí misma teniendo su finalidad en la aplicación de esta, y por lo tanto tienen su sentido fuera del campo de la realidad social. En consecuencia, no se pena para lograr un determinado efecto en el campo de lo empíricamente demostrable, sino que tiene un valor intrínseco el hecho de ocasionar un mal, un sufrimiento al sujeto que con su acción ha quebrantado el derecho. (p. 9)

Así; como variantes dentro de las teorías absolutas, tenemos a la expiación y retribución, lo cuales se encuentran altamente emparentadas con el concepto de “venganza”, el cual comprende a la acción de venganza como una pasión reactiva ante un mal o daño sufrido; pasión reactiva se materializa mediante la realización de un mal o daño en la persona del ofensor, el cual quien se venga estima como equivalente. (Díaz y Badilla, 2004)

- **Teoría de la expiación**

Por esta teoría, la pena detenta un efecto medicinal, por cuanto se pretende la redención del culpable a través de la pena.

Así, la pena propiamente dicha, no puede, pues, tener otro sentido y finalidad que los que acabamos de indicar, a saber, de volver de nuevo al violador del derecho a los carriles del deber que había abandonado. A su modo, la pena cumple su oficio, en cuanto obliga al culpable por causa del acto cometido, a un sufrimiento, es decir, a la privación de un bien y a la imposición de un mal. Mientras el hombre vive sobre la tierra, ésa (la pena) también puede y debe servir a su definitiva salvación, siempre que él mismo no ponga, por otra parte, obstáculo a la eficacia saludable de tal pena. Tal eficacia no se opone efectivamente de modo alguno a la función de equilibrio y de reintegración del orden turbado, que ya hemos indicado como esencial a la pena (Pío XII, 1955, como se citó en Irrazabal, 2012).



Por tanto, la función esencial de la pena sería entonces la “expiación” que se lograría el delincuente al serle aplicada la pena. Por medio de la pena se le da la posibilidad al condenado de reconocer el acto malo que le acarreó la pena, arrepentirse, expiar su delito, purificarse y proponerse un fin eficaz para el porvenir. El orden violado con el hecho culpable exige la reintegración y el restablecimiento del equilibrio turbado, y es oficio propio del Derecho y de la Justicia custodiar y salvaguardar la concordancia entre el Deber, por una parte, y el Derecho, por otra, y el restablecerla si fuese lesionada. Entonces, el sentido y la finalidad es reinstalar en el orden del deber al violador del Derecho. Como puede apreciarse, para esta concepción de la pena, ésta es justa y necesaria, pues con su aplicación se logra la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento quebrantado y con la comunidad, reinstalándose (por medio de la pena) en el orden del “deber”. (Díaz y Badilla, 2004)

- **Teoría retributiva**

Para la concepción retribucionista, las penas se imponen como justa respuesta o retribución por la ofensa cometida; se trata por tanto de un castigo merecido por el mal causado con la comisión del delito. La finalidad principal de la pena es castigar, es decir, mandar un mensaje tanto al delincuente como al conjunto de la sociedad reprochándole que haya actuado de manera incorrecta y que procede responder por ello. Ahora bien, en la medida en que se trata de justicia y no de venganza, es extremadamente importante seguir un estricto criterio de proporcionalidad: la gravedad, la intensidad y la duración de la pena deben ser proporcionales a la ofensa cometida y a la culpabilidad del sujeto. Por ello, a los delitos (ofensas) más graves les corresponden sanciones más graves, mientras que a los más leves les corresponden también penas más leves, pues lo contrario sería cometer una injusticia. (Martínez, 2021)



Los principales expositores de la teoría absoluta han sido Kant, brindando una fundamentación ética; mientras que Hegel acude a un fundamento jurídico. La postura Kantiana refiere que el castigo se justifica por el valor moral de la ley penal infringida, y la necesidad de conservar el estado ético, siendo la ética una pauta de convivencia social. Por ello se sostiene que la retribución consiste en infligir un dolor equivalente al injustamente producido, para de ese modo garantizar la ética frente a una acción que objetivamente la contradice.

Para el retribucionismo, cuando X fuma en el colegio, X comete una ofensa que en cuanto tal es indebida; como consecuencia de ello –y si ha actuado libre y voluntariamente– se ha hecho culpable y un agente moral portador de una culpa debe expiar su culpa, para lo cual debe recibir de parte de la autoridad lo que a su vez les es debido, es decir, el castigo. A la ofensa se retribuye con castigo (que es un mal) a objeto de borrar o lavar –a ser posible– la ofensa. En definitiva, el sujeto es castigado “porque cometió una ofensa”. Kant y Hegel representan, en los Tiempos Modernos, paradigmática y genuinamente, esta doctrina. Según Kant, un imperativo moral absoluto obliga a castigar al culpable por el mero hecho de haber cometido la falta o delito. “Aun cuando la sociedad civil, escribe, se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros, el último asesino que se encontrara en la cárcel debería antes ser juzgado a fin de que la sangre derramada no recaiga sobre el pueblo que no ha reclamado tal punición”. Hegel argumentó de manera semejante, pero no por more a la ética, sino al Derecho. “En esta discusión, sostuvo, lo único que importa es que el delito debe ser eliminado no como el surgimiento de un mal, sino como lesión al derecho como derecho. (Cofre, 2001)



- Teoría retributiva de Kant

La voluntad, para Kant, constituye la propia razón pura práctica y siendo ella motivo propulsor de la ética, sus principios son elevados a la categoría de lo universal. En otros términos, la moral que estaba centrada en lo individual y subjetivo ahora, tal como la razón, se torna universal y objetiva. Así, los principios de esta moral parten del propio sujeto, sin que pueda ser considerada subjetiva, ya que no son dictados por la sensibilidad, se trata de conceptos derivados de la voluntad pura o "*a priori*" de la razón. Al actuar sobre tal orden el hombre crea principios universales que deben ser seguidos por todos. De esta manera, Kant, introduce la existencia del deber como una forma "*a priori*" de la razón, de la cual deviene el imperativo categórico. Por su parte y a diferencia de la legislación moral que tiene como principio fundamental el imperativo categórico, en cuanto postulado de razón pura práctica, la norma jurídica tiene como regla un deber exterior, imperio de una autoridad investida de poder coactivo. En efecto, el Derecho en la concepción kantiana es esencialmente coactivo. (Díaz y Badilla, 2004)

Estando a lo descrito, corresponde cuestionarse cómo se compatibiliza el carácter coactivo del Derecho con el concepto de libertad que se encuentra, bajo los criterios expuestos, sujeta también al Derecho. A este respecto Kant señala que la acción del individuo será justa si puede convivir con la libertad del otro, según leyes universales y, a contrario sensu, sería injusta la acción del individuo que impide a otro actuar de esta manera. Surge así, el concepto de pena, como imperativo categórico y como forma específica de la coacción jurídica necesaria para la libertad y la Justicia. (Díaz y Badilla, 2004)

Es así que, para Kant, la pena debe imponerse siempre, solamente por el hecho de haber delinquido, no con la finalidad de satisfacer a terceros, ni a la sociedad misma, y



obviamente menos aun al delincuente, dado que la pena kantiana es absoluta en cuanto manifestación necesaria de la justicia; más aún si, para Kant, el ser humano también es libre y capaz de auto determinarse racionalmente en el plano moral, independientemente de las condiciones extrínsecas que lo rodeen. En su pensamiento comúnmente utiliza el término “fin en sí mismo”, con el que denota al ser humano. Dice que el hombre nunca será solo un medio u objeto para conseguir un fin, sino que es un fin en sí mismo. (Martí, 2021)

De esta forma se completa la construcción teórica de la pena en Kant. Esta se impone por el sólo hecho de haberse delinquido, “*qui peccatum est*”. Esta pena, al ser justa en sí misma, sirve para que sea alcanzada la Justicia. La pena satisface la Justicia retrospectivamente, restableciendo el orden perturbado por el delito (Díaz y Badilla, 2004)

- **Teoría retributiva de Hegel**

Hegel, a diferencia de Kant, señala que la coacción no es determinante para la concepción del Derecho, ya que ante el castigo previsto en una norma jurídico-penal el sujeto no actúa de una determinada manera por el hecho de verse coaccionado externa o internamente, sino que actúa así realmente porque lo quiere su voluntad, es decir, haciendo uso de su libertad. Por lo tanto, en vez de ser esencialmente un mecanismo coactivo, el derecho es real y efectivamente una exteriorización o manifestación de la libertad. Pues el sujeto puede representarse la coacción y actuar teniéndola en cuenta o no, pero en cualquier caso lo que siempre determina su acción es el uso de su libertad. (Lopez, 1998)

Estando a lo señalado, adentrarnos en su concepción de la pena. “Al igual que para Kant, su teoría se caracteriza por un intercambio funcional entre delito y pena” (Lesch,



1999, p. 12). Para que esta pena sea en sí misma justa se requiere que cumpla con la función de restituir el injusto que se ha cometido.

En tal sentido, la pena sólo puede cumplir su función retrospectiva no en relación al concepto de delito en su faz externa, en la realización del mal, daño u ofensa que trae consigo el delito, sino que en la lesión del Derecho en cuanto Derecho (lesión a la idea de libertad). El sujeto que comete un delito está afirmando el injusto como su voluntad particular frente a la general, con la pretensión de que esa voluntad particular tenga vigencia en su particularidad. En consecuencia, esta afirmación particular del injusto por parte del delincuente debe ser superada dialécticamente a través de la pena. Esta voluntad particular del sujeto que ha cometido el delito tiene una apariencia de una conformación racional de la realidad, formalmente es una declaración, un principio de ley de que se estaría permitido cometer ese delito particular del que se trata. (Lesch, p. 14)

La idea de Libertad, que es el Derecho, al ser absoluta implica que es válida para cada individuo, inclusive para el sujeto delincuente. En consecuencia, la lesión al derecho cometida por el sujeto delincuente afecta a cada individuo, inclusive a él mismo.

La lesión que afecta al delincuente no es sólo justa en sí -puesto que es justa, es a la vez su voluntad existente en sí, una existencia de su libertad, su Derecho-, sino que esa lesión es también Derecho en el delincuente mismo, esto es, en su voluntad existente, en su acción. En efecto puesto que es acción de un ser racional, se encuentra implícito que es algo general. Que inmediatamente esa acción se formula una ley que él ha reconocida en ella para sí y bajo la cual, por lo tanto, puede ser él subsumido como bajo su Derecho. Lo mismo que él ha hecho, le debe suceder a él; es su voluntad, su ley. Es su propio hecho al que se le concede vigencia sobre él. (Lesch, 1999, p. 15)



De esta forma, con la aplicación de la pena, se honra al delincuente como un ser racional. Para que su acción voluntaria lesiva del derecho sea reconocida como ley esta lesión debe afectar a todos, incluido al mismo delincuente. Para efectos de que esto tenga lugar se le aplica una pena correspondiente y equivalente al daño que él con su acción voluntaria lesiva ha ocasionado. De lo que se trata es, entonces, de la expresión ideal para Hegel del *ius talionis*. (Díaz y Badilla, 2004)

2.1.2. Teorías relativas

Las teorías relativas de la pena, que se vinculan en su origen y desarrollo a la filosofía del utilitarismo, a diferencia de las teorías absolutas o retribucionistas, apelan a las consecuencias valiosas de la pena o castigo. En efecto, el castigo sólo podría encontrar su justificación si se computan las consecuencias de la pena, es decir, si se toman en cuenta su oportunidad y su utilidad. Es decir, la finalidad legítima y el fundamento mismo de la pena se desplaza de estar dentro de la pena misma (venganza, expiación y retribución) a estar ubicado en las consecuencias que se siguen de la aplicación de esta. En otros términos, este grupo de teorías no se ocupan de fundamentar la pena en sí, sino de buscar respuesta a la pregunta ¿para qué sirve la pena? (Díaz y Badilla, 2004)

Con relación al planteamiento básico del grupo de teorías relativas sobre los fines de la pena es notable lo que se señala en el diálogo “Protágoras” de Platón: Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito porque hayan cometido un delito, a no ser quien se quiera vengar de forma poco razonable como un animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido. (Lesch, 1999, p. 22)

Resulta advertible ahora, que, en esta teoría, el fundamento de la pena es prospectivo. No obstante, entre quienes asimilan esta postura, refieren que el fundamento



y finalidad legítima de la pena debe buscarse en las consecuencias útiles y beneficiosas que resulten de la aplicación de la pena, dado que tal elemento permitirá diferir entre uno u otro postulado dentro de las teorías relativas, como se pasará a exponer líneas posteriores.

- **Teoría de la prevención**

Debe señalarse que la prevención comprende el pilar de la teoría relativa, razón por la cual resulta incluso válido hacer referencia dicha teoría bajo cualquiera de los referidos términos, ello en tanto, la prevención resulta ser “la política de conjunto que tiende a suprimir o al menos a reducir los factores de delincuencia o inadaptación social; obstaculizando la comisión de los delitos mediante instrumentos penales y no penal” (Ceccaldi, 1963, p. 21)

Dichos efectos pueden ser alcanzados, según la variante de la teoría que se tome, a través de la intimidación psicológica (prevención general negativa), o a través del reforzamiento de la norma perturbadora (prevención general positiva).

- **Prevención general negativa**

Feuerbach citado a través Lesch (1999) respecto del proceder del sujeto que provoca en otro un daño, una ofensa, un delito, señalar que, el sujeto se inclina u opta por la acción delictiva motivado no o no sólo por su racionalidad, sino que principalmente por sus instintos, instintos de codicia, en virtud de los cuales busca el placer.

Pero el individuo no sólo busca el placer, sino que este mismo instinto que lo mueve a buscar el placer lo hace inclinarse además por rehuir el dolor. Luego, teniendo en consideración esta forma de proceder humano, el método indicado, correcto y racional por el cual se logrará el objetivo del Estado, es decir, la prevención de los delitos, daños, ofensas o injurias, es mediante una contra motivación. Es decir, de lo que se trata es que



al individuo le resulte psicológicamente imposible cometer la acción dañosa o delictiva. Superar la inclinación a cometer la acción delictiva mediante la inclinación contraria, el móvil hacia el hecho con otro móvil de sentido contrario. (Díaz y Badilla, 2004)

De esta manera, las infracciones se evitan si cada individuo, cada ciudadano sabe con certeza que a la comisión de una infracción le seguirá como consecuencia necesaria un mal mayor que el que se sigue de la no satisfacción de la necesidad que pensaba cubrir tras la comisión de la acción delictiva, tras la infracción. En efecto, la manera de proceder del ser humano indica que éste prefiere soportar una pequeña infelicidad si es que con eso puede evitar dolores mayores. (Díaz y Badilla, 2004)

Es así como Feuerbach elabora las bases de su construcción teórica, que será conocida como teoría de la “coerción psicológica” o de la “intimidación psicológica”. El efecto disuasorio que produce la contra motivación suficiente en el individuo para que éste opte por la comisión del hecho infraccional no sería una función de la pena propiamente tal, sino que más bien de la amenaza de la pena. En efecto, es necesario para efectos de lograr la disuasión, la contra motivación psicológica necesaria para evitar que el individuo delinca, que se vincule el mal, el dolor producido por la pena con el delito. Esta vinculación es la amenaza que efectúa la ley. La ley es general y necesaria, rige para todos los ciudadanos y amenaza con pena a todo aquel que se haga punible en mérito de la misma ley. Se requiere que la pena y el delito queden condicionados mutuamente, que no exista delito sin pena, y a la vez que no se imponga una pena sin que se haya cometido un delito. (Díaz y Badilla, 2004)

Por tanto, el fin de la ley y de la amenaza contenida en ella es, el efecto intimidatorio creado a partir de denotar que el hecho prohibido está conminado con un



mal, ya que mediante la pena se tiene que conseguir que el sujeto logre un contrapeso frente a los impulsos que le invitan a delinquir.

Cabe señalar que buena parte de las decisiones de política criminal se encuentran inspiradas en programas de corte utilitarista en los cuales la intimidación o “coacción psicológica” juega un papel fundamental en su diseño e implementación, y esto en la práctica no necesariamente ha implicado una desconexión entre la pena y la culpabilidad por el hecho, ya que resulta evidente que uno requisito básico para la efectiva “utilidad” de dichas políticas es el necesario mínimo de legitimidad con el que se debe contar entre la ciudadanía con respecto a la política criminal. De darse situaciones así, el sistema penal perdería la base de su legitimidad y la “intimidación” dejaría de ser útil. (Díaz y Badilla, 2004)

- **Prevención general positiva**

Tal como refieren Díaz y Badilla (2004):

Esta es también una forma de visualizar y explicar el castigo con relación a la función de prevención prospectiva que cumpliría el mismo. Difiere, sin embargo, de la prevención general negativa en cuanto a la forma en la cual pretende que se materialice esta prevención del delito. En concreto, la forma de materialización de la finalidad útil del castigo de prevenir la comisión de delitos estaría dada por el efecto de aprendizaje motivado de manera pedagógica-social, aprendizaje que se transmite mediante la toma de conciencia y el reforzamiento de la conciencia social por parte de los individuos que integran la sociedad, y no por el temor a ser castigados. (p. 26)

Como lo expresa Lesch (1999) “Función de la pena es pues el reforzamiento de la conciencia colectiva, de los valores éticos de la convicción jurídica, o, lo que es lo mismo, el ejercicio en el reconocimiento de la norma” (p. 28).



De lo que se trata es pues, en definitiva, que una constante punición de los hechos definidos por el ordenamiento jurídico como delitos produce el efecto de fortalecer en la población la convicción de que los bienes protegidos por el Derecho son intangibles, o, por lo menos que dicha convicción no se vea erosionada por la comisión de delitos. (Cancio, 2003)

Dentro de este esquema, el castigo es una institución social que se construye a partir de la moralidad y la solidaridad social. En efecto, los fuertes vínculos de solidaridad moral son la condición que provoca el castigo y este tiene como efecto la reafirmación y el reforzamiento de esos mismos vínculos sociales. Para Durkheim los delitos no son categorías “dadas”, su contenido varía de acuerdo al espacio y a la época de la cual se trate, y son producto de las normas y convenciones sociales, y no son sólo prohibiciones con la finalidad de defender racionalmente la sociedad. En ese sentido los delitos son acciones que violan seriamente la conciencia colectiva (entendiendo por “conciencia colectiva” el conjunto de las creencias y sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad que constituye un sistema determinado que tiene su vida propia (Garland, 1999, como se citó en Díaz y Badilla, 2004)

- **Prevención especial**

A decir de González (2010):

La prevención especial como función se enfoca sobre el autor del delito, bien puede ser neutralizándolo, intimidándolo o resocializándolo, con el fin de que se reintegre a su medio social con una conducta normal, alejada de la comisión de delitos. Las tres vertientes mencionadas coinciden con la prevención especial negativa, la intimidación del individuo y la prevención especial negativa, respectivamente. El fin neutralizador y de aislamiento del delincuente corresponde a la prevención especial negativa; la



intimidación del individuo pretende usar la pena con el objetivo de actuar coactivamente sobre el comisor para evitar su reincidencia y la prevención especial positiva se centra en la resocialización del individuo como fin de la pena que implica su rehabilitación y reinserción social. (p. 49)

Se atribuye a Franz von Liszt ser el impulsor de la prevención especial, dado que este autor sostuvo que la pena es coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente y le proporciona los motivos necesarios para disuadirlo de cometer el delito, a la vez que refuerza los ya existentes. Liszt distinguió tres manifestaciones distintas de prevención especial en función del tipo de delincuente al cual se dirige la pena. En primer lugar, para los delincuentes incorregibles propuso la inocuización o una pena de prisión por tiempo indeterminado, bajo el entendido de que la sociedad tiene derecho a defenderse de aquellos que, como los delincuentes por convicción, no desisten en su intento por delinquir; en segundo lugar, para los delincuentes habituales postuló la corrección, y en tercer lugar, la intimidación para los delincuentes ocasionales. Liszt no negó que la ejecución de la pena implicase algún grado de retribución, pero ello sería solo el medio para alcanzar la prevención: la pena es prevención mediante represión (Perez, 1995, como se citó en Meini, 2013)

Luego de este breve pero necesario análisis teórico de lo que – básicamente – es la teoría de la pena, podemos afirmar nuestro país se adscribe al sistema de la prevención al preceptuar claramente en la Constitución Política del Estado que la función de la pena es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del delincuente dentro de la sociedad.

2.2. PLURALIDAD O CONCURSO DE DELITOS

Cuando un sujeto ha cometido un delito, corresponde aplicarle una pena. Si ha cometido varios delitos, corresponderá aplicar varias penas. Este razonamiento es propio



de un derecho penal de acto, en tanto que, para un derecho penal de autor, cualquiera sea el número de delitos que el autor haya cometido, corresponderá la aplicación de una única sanción adecuada a la personalidad que con sus acciones haya evidenciado. (Zaffaroni, 2005, p. 511)

Siguiendo los principios del derecho penal de acto -como acontece en nuestra ley, debemos partir de la base de que cuando nos hallamos con una única conducta típica (unidad de conducta) también nos enfrentaremos con una pena única, a diferencia del caso en que tengamos varias conductas típicas, en que tendremos varias penas. A partir del principio de que una conducta sólo puede dar lugar a un delito y de que a cada delito corresponde una pena, se explica el distinto tratamiento que se reserva al caso en que con una sola conducta se incurre en dos o más tipicidades (concurso ideal), diferenciado del supuesto en que el juez, en el mismo acto, debe juzgar varias conductas que son típicas del mismo o de distintos tipos (concurso real). El concurso ideal es un supuesto de delito único; el concurso real es el caso de dos o más delitos. (Zaffaroni, 2005, p. 511)

La estructuración de la teoría del concurso sobre la base de los dos conceptos que le son fundamentales, unidad y pluralidad de acciones, son postulados iniciados con Koch, autor que sentó las bases para el análisis del *concursum simultaneum* (unidad de acción), *concursum subsecutivum* (pluralidad de acciones), *concursum continuatum* (acción continuada) y la solución de los problemas que éstos generan con sujeción a los principios de absorción, alteración y unidad. (Jescheck, 1978, como se citó en Plascencia, 2004)

2.2.1. Concurso ideal o formal de delitos

Sanz (1986) se refiere al concurso ideal de delitos como “aquellas situaciones en las que una misma acción o hecho cumple diversos tipos penales, sin que la aplicación de uno solo de ellos baste para colmar el desvalor jurídico-penal de la conducta” (p. 143); Mir (2015) lo define como “cuando un solo hecho constituye dos o más delitos” (p. 674);



y, Orts y Gonzalez (2019) señalan que “el concurso ideal supone una unidad de hecho y una pluralidad de infracciones” (p. 485).

El concurso ideal de delitos tiene en común con el concurso aparente de leyes penales que, en ambos existe una sola acción a la que le pueden ser de aplicación una pluralidad de tipos penales. Sin embargo, se diferencian en que en el concurso ideal los tipos penales concurrentes pueden ser aplicados de forma simultánea al producirse varios delitos, mientras que en el concurso aparente de normas penales (como vimos anteriormente), la aplicación de uno de los tipos concurrentes excluye la aplicación de los demás por existir una relación de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad. (Cubero, 2021)

La doctrina distingue entre concurso ideal heterogéneo y concurso ideal homogéneo. El concurso ideal heterogéneo se produce cuando el hecho realiza distintos delitos, mientras que el concurso ideal homogéneo se produce cuando los delitos cometidos son iguales. El ejemplo clásico de concurso ideal heterogéneo de delitos viene representado por el sujeto que se resiste gravemente a la autoridad (cuando se halle en el ejercicio de sus funciones) causándole importantes lesiones. En este caso, nos encontramos ante un único hecho, pero que constituye dos infracciones (delito de lesiones y delito de atentado a la autoridad). Por otro lado, el ejemplo clásico de concurso ideal homogéneo lo constituye quien mata a varias personas mediante la colocación de una bomba, pues concurren varios asesinatos que son delitos iguales. (Cubero, 2021)

- **Elementos**
- **Unidad de acción y pluralidad de delitos**

La unidad de acción es un presupuesto básico del concurso ideal de delitos, pero es preciso, como punto de partida, señalar que el concepto de unidad de acción en la teoría



del concurso de delitos no coincide con el concepto general de acción en la teoría del delito, ya que en el concepto de unidad de acción en la teoría general del delito solo se delimitan los presupuestos mínimos que tiene que cumplir una conducta humana para que pueda constituir una acción en sentido jurídico-penal y esta teoría no ofrecería ayudas para solucionar la cuestión en el caso de que un comportamiento humano complejo pueda dar lugar a una o varias acciones. (Cubero 2021)

- **Identidad de los actos ejecutivos**

A la hora de determinar cuándo una acción vulnera varias leyes penales en el sentido del concurso ideal de delitos, lo decisivo es la identidad, al menos parcial, del proceso ejecutivo que está en la base de los tipos concurrentes. (Sanz, 1986)

En esa línea, Sanz (1994) reafirma que:

El dato fundamental para determinar la existencia de un concurso ideal entre dos tipos penales es la coincidencia, al menos parcial, de los presupuestos fácticos que están en la base de los mismos, del proceso ejecutivo en ellos previsto o supuesto, del ámbito de referencia en el que “los actos de ejecución” de los correspondientes tipos coincidan, si no totalmente, al menos en parte, de manera que, como mínimo, uno de esos actos contribuya a la verificación de los tipos que concurren idealmente. Los respectivos procesos de ejecución se comportarían, por tanto, como círculos secantes: los “hechos” se cortan, presentando una zona común. Las diferentes descripciones típicas tienen un ámbito de referencia en el que se superponen. (p. 213)

En la línea de lo expuesto, podemos clasificar al concurso ideal de delitos, como sigue:

Ideal homogéneo: se produce cuando con un mismo hecho se realiza varias veces el mismo tipo penal. Ejemplo; con la colocación y posterior explosión de una bomba, se



provocan varios homicidios; con una misma expresión se injuria a varias personas.
(Pluralidad de delitos o concurso de delitos, s.f.)

Ideal heterogéneo: cuando con un solo hecho se satisfacen las exigencias de diversos tipos penales. Ejemplo; un sujeto que tiene relaciones sexuales forzadas con su hermana, lleva a cabo un sólo hecho que constituye dos delitos: violación e incesto; la misma situación ocurre en el caso de violación y lesiones; incendio de una casa, para matar a sus habitantes. Un sector de la doctrina también ha señalado, que existía esta situación en los denominados delitos preterintencionales; como en el aborto seguido de muerte. (Pluralidad de delitos o concurso de delitos, s.f.)

Ideal impropio o medial: cuando un delito es el medio necesario para cometer otro. Ejemplo, tenemos el caso de violación de correspondencia y hurto, en que alguien para sustraer dinero ajeno rompe el sobre en el que se había enviado el dinero. (Pluralidad de delitos o concurso de delitos, s.f.)

2.2.2. Concurso real o material de delitos

Para Mir (2015), existe concurso real “cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos” (p. 680). Sanz (1986) entiende que “el concurso real viene caracterizado por la efectiva existencia de una pluralidad de infracciones, provenientes de otras tantas acciones independientes, puestas a cargo de un mismo autor, sin que entre la comisión de una y otra medie una sentencia condenatoria” (p. 227). Por su parte, Llorca (1996) refiere que “el concurso real se produce cuando por el mismo sujeto se realizan varias acciones distintas que originan diversos delitos jurídicamente independientes” (p. 142).



En función de las infracciones penales que concurren, es posible distinguir entre concurso real homogéneo si se trata de la misma infracción penal, y concurso real heterogéneo si son infracciones distintas. (Cubero 2021)

Por otro lado, es preciso delimitar el concurso real respecto de otros supuestos.

Así, en primer lugar, el concurso real se diferencia del concurso ideal por la existencia de una pluralidad de acciones. Tal pluralidad de acciones se producirá cuando estemos ante una pluralidad de exteriorizaciones de la voluntad susceptibles de integrar el presupuesto de otros tantos tipos penales, siempre que no exista intersección entre las acciones ejecutivas de los tipos concurrentes. (Sanz, 1986, p. 159)

Respecto de los supuestos en los que se produce una pluralidad de acciones, pero un único delito (tal sería el caso del delito continuado), a decir de Cubero (2021) “el concurso real se produce en aquellos casos en los que existe una pluralidad de acciones reconducible a una pluralidad de infracciones” (p. 60).

No obstante, Zugaldia (2010) considera al delito continuado como una “modalidad especial del concurso real, a pesar de que los hechos del delito continuado no se sancionen conforme a la regla de acumulación propia del concurso real de delitos” (p. 462).

Conforme al Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116, existen dos formas de concurso real de delitos:

“Concurso real homogéneo, si la pluralidad de delitos cometidos corresponde a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos” (p. 2).



“El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos” (p. 2)

- **Elementos**
- **Unidad de sujeto activo**

Debe tratarse del mismo sujeto que haya intervenido en las diversas infracciones como autor, cómplice o encubridor. (Pluralidad de delitos o concurso de delitos, s.f.)

- **Pluralidad de hechos punibles**

Los delitos pueden ser de igual o de diferente especie y encontrarse en diferentes etapas de desarrollo. Ejemplo; concurso real entre dos hurtos consumados y uno tentado; o entre una violación consumada, un robo y un hurto frustrado. Este concurso material se producirá cuando la pluralidad de delitos provenga de la multiplicidad de hechos, cada uno de estos hechos debe ser delictivo en sí y punible aisladamente. (Pluralidad de delitos o concurso de delitos, s.f.)

- **Pluralidad de delitos independientes**

Es necesaria la independencia fáctica de los hechos punibles y así distinguirlo del concurso ideal. Los delitos no deben estar conectados ni relacionados unos con los otros. Debe haber independencia jurídica, porque si los hechos están vinculados a causa de que su fraccionamiento fue necesario y, por esto han de ser valorados unitariamente, no encontramos ante un delito continuado. (Pluralidad de delitos o concurso de delitos, s.f.)

- **Delitos que no importan un concurso de delitos**

Aunque existan varias acciones de una persona, independientes entre sí, si estos actos independientes constituyen una habitualidad de acciones, y estas habitualidades son



el elemento integrante de un mismo delito, no constituyen un concurso de delitos. Ejemplo; la mendicidad, un sólo acto aislado no constituye el delito, es necesaria la habitualidad. (Pluralidad de delitos o concurso de delitos, s.f.)

- **Concurso real retrospectivo**

Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51° CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley N° 28730. (Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116, p. 2)

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. (Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116, p.2)

- **Determinación de la pena**

En nuestra legislación nacional, el Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 ha establecido pautas para la determinación de la pena en caso concurso real de delitos como sigue:

Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado “principio de acumulación”. El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:



A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial-. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación. En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave).

Finalmente, el artículo 50° CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito



resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas. (p.3)

- **Tratamiento penal del concurso material o real**

Se han planteado en esta materia diversos criterios para el tratamiento penal del concurso real o material de delitos;

- **Sistema material o de la acumulación de las penas.** Los diferentes delitos se sancionan como hechos completos, independientes y el autor común sufrirá la suma de las penas correspondientes a los diversos delitos.

- **Sistema de la absorción.** Este sistema surge como una reacción frente al anterior, debido a los excesos que se cometían y a los absurdos a los que podía conducir. Aquí la pena mayor absorbe a la menor. Se aplica sólo a la pena del delito más grave de los que concurren. Como una variante de lo anterior, se impone la pena mayor asignada al hecho punible más grave.

- **Sistema de la acumulación jurídica o agravación.** Se impone la pena correspondiente al delito más grave de los que concurren, aumentada de grado, y de acuerdo al número y naturaleza de los delitos.

- **Sistema de pena en nuestro ordenamiento jurídico**

Referente al concurso real: El sistema que rige en nuestra legislación, se encuentra estipulada en el artículo 50° Código Penal, artículos modificados por Ley N° 28730, que se adscribe claramente al sistema material o de acumulación de las penas, ello justamente por la modificación introducida por la ley referida, ya que anteriormente nuestra legislación se adscribía más bien al sistema de la absorción de penas a la mayor, o considerada para el delito de más grave.



Referente al concurso ideal: Hay concurso ideal cuando con un sólo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos o de uno mismo varias veces. Este tipo de concurso está contemplado en el artículo. 48° del Código Penal. El cual dispone que en estos casos se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.

2.2.3. Concurso aparente de leyes penales

Se le da este nombre a una situación en la cual son a primera vista aplicables varias disposiciones penales, pero que en realidad se rigen por una sola de ellas, quedando las otras totalmente desplazadas. En otras palabras, podemos señalar que hay en la especie un sólo delito regido por una sola disposición legal.

Principios que rigen el concurso aparente:

- Principio de especialidad

Si de las normas aparentemente aplicables, una de ellas contiene una descripción del mismo hecho descrito en otra, pero en forma más particularizada y detallada, hay entre ambas normas una relación de especialidad. Solo la más particularizada se aplicará, con preferencia a la general. La relación de especialidad exige que la ley especial contenga todas las características positivas del hecho contemplado en la ley general, más otras que la particularicen. El legislador ha querido que, cuando determinada situación se produzca, se aplique el precepto especial, sustrayéndose del tratamiento general. (Peralta, 2018)

- Principio de consunción o absorción

Se está ante valoraciones, donde una norma consume o absorbe a la otra. Se considera el desvalor que acompaña a la conducta, sea como antecedente, medios, etapas



de desarrollo, etc. En este principio se atiende a la penalidad de los delitos. El legislador pena al delito de mayor gravedad. Cuando la ley, al establecer la penalidad de una figura delictiva ha tomado en consideración la gravedad o desvalor de otras conductas, también punibles, que las acompañan ordinariamente, debe aplicarse solamente la disposición que contempla la infracción principal y las que sancionarían esas otras conductas, son absorbidas por ella. (Peralta, 2018)

- **Principio de subsidiaridad**

Para aquellos casos en que la ley expresamente establece que sus disposiciones regirán en el caso que no resulten aplicables las de otra ley, sea en forma absoluta, sea subordinando la vigencia de esta última, a la circunstancia de establecer una pena más grave, o más bien leve, para los hechos en cuestión. (Peralta, 2018)

- **Principio de alternatividad**

Si el hecho es perfectamente encuadrable en dos disposiciones legales, es posible dar lugar al principio de alternatividad para su tratamiento penal, prefiriendo, en el caso concreto, la ley más severa. De especial utilidad es su aplicación cuando se trata de delitos con pluralidad de hipótesis. Cuando se trata de figuras mixtas acumulativas o las hipótesis son incompatibles entre sí o bien si el agente ha realizado, ordinariamente, se presentará un concurso de delitos y no aparente de leyes. (Peralta, 2018)

2.3. RÉGIMEN PENITENCIARIO

Según el criminólogo Borja, citado por Colque (2021):

Se entiende como tratamiento penitenciario al conjunto de actividades terapéutico-asistenciales, dirigidos a evitar la reincidencia de los sentenciados a penas privativas de libertad y medidas penales, por otro lado, Solís Espinoza indica que se trata



de una acción o conjunto de acciones enfocados a cambiar la conducta del interno, pero basándose en las características peculiares y personales de este, a fin de que se reincorpore a la sociedad y no reincida en un acto delictivo.

2.3.1. Principio de resocialización

“La resocialización del condenado es un principio integrado por tres sub principios: reeducación, rehabilitación y reincorporación” (Urias 2011, p. 44). En esta línea, la “reeducación” hace referencia al proceso por el cual la persona adquiere determinadas actitudes que le permitirán desarrollar su vida en comunidad; la “reincorporación” hace alusión a la recuperación social de la persona condenada a determinada pena; y, finalmente, la “rehabilitación” representa la renovación jurídica del status del ciudadano que cumple determinada pena. (Montoya 2008)

De esta forma, la rehabilitación hace referencia aún proceso a través del cual se reeduca, reincorpora y, finalmente, se rehabilita al condenado.

En la línea de lo expuesto, el artículo 139° inciso 22 de la Constitución Política del Perú, reconoce como fines del régimen penitenciario, la reeducación, rehabilitación y reincorporación social del penado; así, el Tribunal Constitucional a través de Sentencia emitida en el expediente N° 0007-2018-PI/TC, conceptualiza cada una de ellas como sigue a continuación:

La resocialización en el momento de la ejecución de la pena concibe tres finalidades constitucionales:

La reeducación, que alude al proceso de adquisición de actitudes al que es sometido un recluso para ser capaz de reaccionar durante la vida en libertad; (p. 17).



La reincorporación social, que nos remite al resultado fáctico de recuperación social, que implica la introducción en la sociedad de un condenado en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos; y, (p. 17).

La rehabilitación, que expresa un resultado jurídico, un cambio de estatus jurídico del ciudadano que obtiene su libertad; es la recuperación, por parte del ciudadano que ha cumplido su condena, de todos sus derechos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos. (p. 17).

Una reinterpretación del concepto de resocialización debe tomar en cuenta necesariamente tres consideraciones, a efectos de hacerla mínimamente compatible con nuestro modelo de Estado de derecho asentado sobre el valor de la dignidad de la persona

En primer término, debe considerarse que la resocialización del condenado debe lograrse que, a pesar de estar privado de la libertad, debe ser orientada a hacer menos grave la situación del condenado y así evitar su desocialización. En ese sentido, una nueva interpretación del contenido de la resocialización nos exige la implementación de estrategias e instituciones de excarcelación. (Colque, 2020, p. 29)

En segundo lugar, la resocialización debe entender al condenado no como un objeto que pasivamente recibe instrucciones y adiestramientos sino como un sujeto de derechos (a excepción de la restricción de la libertad). En esa perspectiva, el tratamiento penitenciario debe ser concebido como un servicio puesto a disposición del condenado, mas no como la imposición de un sistema de valores al mismo. (Colque, 2020, p. 30)

En tercer lugar, la resocialización, en concreto la reincorporación social, debe pretender también corregir las condiciones de exclusión social de los grupos de donde proviene el condenado, ello a efectos de que la situación postpenitenciaria no determine el regreso de aquel a una situación que podría ser criminógena. (Colque, 2020, p. 30)



En la actualidad, los penales del Perú se encuentran en una fase de “sobrehacinamiento” (verificado según datos de INPE, 2018) a excepción del penal de la ciudad de Cerro de Pasco. Este hacinamiento en penales genera múltiples inconvenientes en la organización, así como en el control de los presos. El bajo presupuesto asignado, no permite que todos los presos cuenten con una atención adecuada, tanto alimenticia como sanitaria. La sobrepoblación carcelaria no solo genera una falta de atención adecuada al reo, sino también una vida infrahumana que no permite que éste desarrolle actividades físicas o recreacionales. (Colque, 2020, p. 30)

2.4. LEY N° 28730

2.4.1. Contenido

Primigeniamente el artículo 50° del Código Penal señalaba:

“Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el artículo 48” (Código penal, artículo. 50).

A partir de la modificatoria realizada por el artículo 3° de la Ley N° 28730, publicada en fecha 13 de mayo, el contenido del mismo artículo es el siguiente:

“Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta” (Código penal, artículo 50).



2.4.2. Proyectos de ley

- **Proyecto de Ley N° 7103-2003/CR**

Parlamentario impulsor: Jose Luis Risco Montalvan

Propuesta modificatoria:

“Cuando concurren varios hechos punibles deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena que corresponda a cada uno de los delitos cometidos teniendo en cuenta que las penas impuestas con acumulables”

- **Proyecto de Ley N° 8498-2003/CR**

Parlamentario impulsor: Santos Jaimes Serkovic

Propuesta modificatoria:

“Cuando concurren varios hechos punibles deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se aplicarán acumulativamente todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, para su cumplimiento”

- **Proyecto de Ley N° 8828-2003/CR**

Parlamentario impulsor: Dora Nunez Davila

Propuesta modificatoria:

“Cuando concurren varios hechos punibles deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se sancionará sumando las penas correspondientes, en caso de incompatibilidad de las penas impuestas por su naturaleza, se impondrá la más grave conforme al orden establecido en el artículo 28°.

La suma de las penas en el caso de la pena privativa de libertad temporal, no podrá exceder 40 años. En este supuesto, el condenado tendrá derecho al procedimiento de



revisión contemplado en el artículo 59°-A del Código de Ejecución, cuando haya cumplido el trigésimo quinto año de pena efectiva”

- **Proyecto de Ley N° 13454-2005/CR**

Parlamentario impulsor: Luis Iberico Nuñez

Propuesta modificatoria:

“1. Hay concurso real de delitos cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes. 2. En ese supuesto, la represión se hará sumando las penas correspondientes. En caso exista incompatibilidad en el cumplimiento de penas impuestas, por la diversidad de su naturaleza, se aplicará únicamente la más grave, de acuerdo con el orden establecido en el artículo 28°. 3. El Juez debe tener en cuenta los otros delitos, de conformidad con el artículo 48°. 4. En el caso de pena privativa de libertad temporal, la suma a que se refiere el inciso 2, no podrá exceder de 40 años. 5. No obstante, lo dispuesto en el inciso anterior, el máximo de pena privativa de libertad por imponerse, no podrá exceder el doble del plazo que corresponda a la más grave de las penas de los delitos en que haya incurrido el condenado, cuando esta no exceda de 6 años. 6. En el supuesto expresado en el inciso 4, el condenado, una vez cumplido el trigésimo quinto año de pena efectiva, tendrá derecho al procedimiento de revisión a que se refiere el artículo 59°-A del Código de Ejecución Penal.”

2.4.3. Dictamen

El Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, correspondiente a la Ley N° 28730, es elaborado sobre los proyectos de ley enumerados a continuación:

- Proyecto de Ley N° 7103-2003/CR
- Proyecto de Ley N° 8498-2003/CR
- Proyecto de Ley N° 8828-2003/CR



- Proyecto de Ley N° 13454-2005/CR

La Comisión de Justicia y Derechos Humanos se encontraba conformada por los parlamentarios que a continuación se detalla:

- Mauricio Mulder Bedoya
- Carlos Almeri Veramendi
- Eduardo Salhuana Cavides
- Fausto Alvarado Dodero
- Alcides Chamorro Balvin
- Jorge Chavez Sibina
- Jose Luis Delgado Nuñez Del Arco
- Gilberto Diaz Peralta
- Antero Flores Araoz Esparza
- Carlos Ferrero Costa
- Yonhy Lescano Ancieta
- Luis Santa Maria Calderon
- Gerardo Saavedra Mesones
- Ana Elena Towsend Diez Canseco
- Javier Velasquez Quesquen

Evaluado los proyectos de Ley por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, se elaboró y remitió la propuesta del texto sustitutorio al pleno del congreso para su aprobación

2.4.4. Debate en pleno del congreso

El Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos que recomienda la aprobación del texto sustitutorio de los Proyecto de Ley N° 7103-2003/CR, 8498-



2003/CR, 8828-2003/CR y 13454-2005/CR es puesto a debate en la sesión del pleno del Congreso desarrollado en fecha 19 de abril de 2006.

Efectuada la votación, se aprueba con modificaciones, por 64 votos a favor, 02 en contra y 12 abstenciones, el texto sustitutorio del proyecto de Ley que modifica el artículo VIII del Título Preliminar y los artículos 50° del Código Penal.



CAPÍTULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. METODOLOGÍA

3.1.1. Enfoque de investigación

En la presente investigación se ha empleado el enfoque cualitativo, el cual según Hernandez (2014) “Utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación” (p.7); dado que la presente investigación comprende un estudio sustantivo del marco teórico y marco normativo aplicable al presente.

Esta investigación compele el estudio teórico de instituciones como el concurso de delitos, concretamente el concurso real y el concurso real retrospectivo, los fines de la pena, y las consideración de dieron cabida a la modificación de los artículos 50° y 51° del Código Penal mediante la Ley N° 28730; así, se pretende realizar un análisis a profundidad de la finalidad de estas instituciones y establecer la conexión entre ellas, pero sobre todo identificar las contrariedades entre una y otra a raíz de la dación de una de ellas, la Ley N° 28730.

3.1.2. Diseño de investigación

El diseño de Investigación adoptado en la presente tesis es el diseño Dogmático Jurídico, respecto a la naturaleza de este diseño Atienza (1978) señala:

La existencia de esta modalidad de conocimiento suele justificarse del siguiente modo: A diferencia de otras actividades cognoscitivas (de las actividades realmente investigadoras) el jurista, el «científico» del Derecho, se encuentra con la necesidad de partir en su estudio de un dato indubitable, de un verdadero dogma, la norma jurídica, cuya aceptación es por tanto un presupuesto necesario. (p. 17)



El diseño de investigación de dogmática - jurídica “se centra en el análisis de las normas, instituciones y conceptos jurídicos” (Fernandez et al., 2015, p. 14)

En la presente investigación se ha empleado este diseño para determinar cuál es el fin de la pena en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de lo estipulado por el artículo 139° inciso 22) de la Constitución Política del Perú y porque este estaría siendo contrariado por el tratamiento legislativo que le da el Código Penal a través de sus artículos 50 y 51 al concurso real y concurso real retrospectivo de delitos, comprendiendo dicho estudio el análisis de la Ley N° 28730

De otro lado, también se ha tomado el diseño de investigación documental, el cual según Arias (2012) es definido como:

Un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales: impresas, audiovisuales o electrónicas. Como en toda investigación, el propósito de este diseño es el aporte de nuevos conocimientos. (p. 27)

Documental, dado que la descripción y conceptualización de las instituciones jurídicas objeto de estudio se encuentran contempladas en Leyes, jurisprudencia y doctrina, los cuales como es deducible se encuentran plasmados documentalmente.

3.1.3. Tipo de investigación

- Descriptivo

Para Hernández (2014) el tipo de investigación descriptiva “busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis” (p. 92). En la presente investigación, se describe cuáles son los fines del régimen penitenciario a partir de lo



estipulado en el artículo 139° inciso 22) de la Constitución Política del Perú y cuál es el tratamiento legislativo que nuestro ordenamiento jurídico le da al concurso real en cuanto a la imposición de penas a partir de la emisión de la Ley N° 28730.

- **Explicativo**

Hernández (2014) señala que este tipo de investigaciones “van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; es decir, están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales” (p. 95)

La presente investigación, explica cómo es que la emisión de la Ley N° 28730, el cual incorpora la sumatoria de penas en caso de concurso real o concurso real retrospectivo de delitos al modificar el artículo 50° y 51° del Código Penal, afecta los fines del régimen penitenciario establecido en el artículo 139° inciso 22) de la Constitución Política del Perú.

3.1.4. Universo y ámbito de estudio

Se encuentra conformada por el Código Penal, la Ley N° 28730, y la Constitución Política del Perú; así como la jurisprudencia existente y doctrina referida, para cuyo efecto se ha recurrido a material bibliográfico cuyo objeto este referido a las instituciones bajo análisis.

- **Población y muestra**

La investigación concretamente está centrada en el estudio y análisis de los artículos 50° y 51° del Código Penal, el artículo 139° inciso 22) de la Constitución Política del Perú; y el artículo 3° de la Ley N° 28730, este último comprende a su vez la exposición de motivos y dictamen legislativo correspondiente.



3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

3.2.1. Método dogmático

Este método tiene por objeto de estudio: “las normas positivas, instituciones o conceptos jurídicos que emanan de distintas fuentes del Derecho, como la jurisprudencia, la costumbre, etc.” (Ramos, 2007); así, a través de este método se ha dado estudio a los artículos 50° y 51° del Código Penal, el artículo 139° inciso 22) de la Constitución Política del Perú; y el artículo 3° de la Ley N° 28730, a la parte de jurisprudencia y doctrina existente referida a las instituciones que contemplan las normas citadas.

3.2.2. Método inductivo

Mediante este método, se ha estudiado los fines del régimen penitenciario conforme a nuestra Constitución, la sumatoria de penas adoptada por el artículo 50° del Código Penal en virtud de la Ley N° 28730, de los cuales se han formulado premisas que han llevado a dilucidar cómo es que los efectos producidos por el tratamiento legislativo referida a la pena no condicen con los fines de la pena adoptados por nuestra carta Magna.

3.2.3. Método hermenéutico

También se ha optado por este método, dado que encontrar los elementos de afectación del sistema de penas adoptado para el concurso real de delitos a los fines del régimen penitenciario, necesariamente requiere la interpretación de los elementos que componen constitucionalmente el fin de la pena, esto es la reeducación, rehabilitación y reincorporación; así también los fundamentos expresados en *iter* legislativo para la emisión de la Ley N° 28730.



3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.3.1. Técnicas

La técnica utilizada fue la de análisis de contenido, por cuanto la información recolectada a través de los instrumentos utilizados fueron analizados en cuanto a su contenido; ya que el análisis de contenido en un sentido amplio, es una técnica de interpretación de textos, ya sean escritos, grabados, pintados, filmados u otra forma diferente donde puedan existir toda clase de registros de datos, el denominador común de todos estos materiales es su capacidad para albergar un contenido que leído e interpretado adecuadamente nos abre las puertas al conocimientos de diversos aspectos y fenómenos de la vida social. (Andréu, 2018)

3.3.2. Instrumentos

Ficha de análisis de contenido. - Instrumento que permitió recolectar y posteriormente analizar el contenido de la bibliografía recabada referente a lo que es materia de análisis



CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. RESPECTO AL PRIMER OBJETIVO ESPECÍFICO

4.1.1. Origen de la sumatoria de pena

El *civil law* se caracteriza por codificar sus normas y los juzgadores que imparten justicia son jueces, mientras que el *common law* opta por la jurisprudencia y la costumbre como fuentes primigenias y quienes juzgan, generalmente, son jurados populares.

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico denota mayores características del sistema *civil law* dada su codificación y la magistratura sobre el cual recae emitir fallo; lo cierto es que nuestro ordenamiento cada vez recibe mayor influencia del sistema *common law*, dada la intención de sofisticarlo; muestra de ello, son las disposiciones del actual Código Procesal Penal, que instauró un modelo acusatorio y adversarial, requiriendo una participación muy activa entre las partes y prioriza la oralización.

Muestra de esta adhesión al sistema *common law* es la sumatoria de penas, dado que esta resulta una característica de la familia jurídica anglosajona; así, la sumatoria de penas, es el ejemplo norteamericano en el que a cada infracción se le aplicará la pena correspondiente sumándolas todas luego, postulado que a la fecha es acogido por nuestro ordenamiento jurídico.

Así, como exponente tenemos a Schiappou, quien dentro de la base del Derecho Canónico, que toma a la acumulación, la define como norma general en la materialidad de las penas que es el resultado de la violación de la ley; así, dicha acumulación ha de realizarse de forma automática sin análisis de ninguna clase; Roxin, por su lado, hace referencia a que la acumulación jurídica de penas obedece al concepto de unificación de



la pena, en sujeción al principio de la unidad procesal, elemento que daría razón a la acumulación.

No obstante adoptar la sumatoria de penas, lo cierto es que ello no resulta coetáneo con el sistema penal, dado que el sistema norteamericano permite la instauración de condenas ascendente a décadas y siglos inclusive, mientras que nuestro ordenamiento, sin tener en cuenta la cadena perpetua, estipula 35 años como máximo de pena privativa de libertad; así también, para el caso concreto la divergencia se denota en que, para el sistema norteamericano, no es preocupación del Estado la reeducación de los comisores de delitos a pesar de las grandes sumas de dinero que se destinan a la construcción de prisiones; por el contrario, su sistema opta por la reclusión cabal de quien delinque, muestra de ellas son las excesivas penas imponibles que a su vez son reflejo de la sumatoria de cargos, como ha sido antes descrito.

Sin perjuicio de lo señalado, lo cierto es que la sumatoria de penas adoptado es muestra de la influencia anglosajona en nuestro ordenamiento, el cual es compatible con el sistema penal norteamericano, mas no con el nuestro.

4.2. FUNDAMENTOS DE LA LEY N° 28730

4.2.1. Proyecto de Ley N° 7103/2002-CR

- Exposición de motivos

Frente a las últimas estadísticas que reflejan el aumento significativo de la delincuencia en nuestro país, se hace imperativo debatir y aprobar este proyecto de ley, dado que las penas impuestas actualmente no reflejan en los sentenciados un cambio de actitud resocializadora, sin que ello signifique que no tendrán oportunidad los que realmente han cambiado de actitud. (Risco, 2003, p. 2)



Se hace referencia a la existencia de estadísticas que reflejarían un aumento significativo de la delincuencia; sin embargo, de la revisión del íntegro de proyecto de ley no se advierte referencia concreta a cual o cuales serían las estadísticas a las que se hace referencia, menos aún se acompañan al proyecto, resultando por ello una simple alegación, respecto del cual si bien dicha información podría ser asimilable, no se tiene sustento alguno que haga referencia a que el aumento de la ola delictiva se debe a las penas cortas que se le imponga, por lo que la solución sería hacerlas más extensas.

Otro elemento a tener en cuenta es el extremo que señala que las penas impuestas actualmente no reflejan en los sentenciados un cambio de actitud resocializadora; al respecto, cabe reiterar que se adopta la postura de que entre mayor sean el periodo carcelario se tendrán mayores resultados, concretamente la resocialización del condenado, sin tener presente que la resocialización comprende tres elementos - reeducación, rehabilitación y reincorporación- que no necesariamente estas sujetos al transcurso del tiempo.

- **Análisis costo beneficio**

El Erario Nacional no se verá afectado económicamente ya que se plantea una sanción ejemplarizadora a los delitos tipificados penalmente, esto por supuesto de ir acompañada de beneficios penitenciarios contemplados en la normatividad vigente. (Risco, 2003, p. 3)

Refiere que no se tendrá afectación económica en el erario nacional, lo cual resulta a primera vista desatinado, por cuanto mantener recluido a una persona necesariamente conlleva gastos al Estado, lo cuales serán mayores entre más extenso sea el periodo a recluir.



4.2.2. Proyecto de Ley N° 8498/2003-CR

- Exposición de motivos

En este sentido, se propone una modificación de la aplicación de la pena en el concurso real de delitos previsto en artículo 50° del Código Penal, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. La modificación que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad. (Jaimes, 2003, p. 2)

En la misma línea del proyecto precedente, se infiere que el presente proyecto alude la resocialización del condenado a periodo de reclusión, inferencia que se realiza en virtud a que el proyecto no presenta mínima argumentación referente al sistema de penas que se postuló; si bien hace referencia a que el artículo 50° de un interpretación teleológica debió hacer referencia al artículo 46° mas no al articulo0 48°, tal afirmación no contiene mayor ilación a la modificatoria postulada, al igual que el resto de argumentos esgrimidos.

La simplificación no tiene mayor preponderancia si tenemos presente que la modificatoria postulada, conculcaría los principios constitucionales estipulados en el artículo 139° inciso 22 de la Constitución Política del Perú.

- Análisis costo beneficio

La vigencia de la presente proposición legislativa no irrogará mayor gasto al Tesoro Público, por el contrario, posibilitará al Estado el cumplimiento de su rol regulador en este aspecto. (Jaimes, 2003, p. 3)

Nuevamente se señala que la modificatoria no conlleva mayor gasto público, afirmación la cual, como se ha señalado precedentemente, resulta ilógico



4.2.3. Proyecto de Ley N° 08828/2003-CR

- Exposición de motivos

Nuestra legislación y sobre todo los principales tratadistas peruanos en materia penal, han sido contrarios a la acumulación de penas, sobre todo teniendo en consideración que el artículo 1399, inciso 22. de la Constitución Política, señala que el principio del régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; sin embargo, en la práctica se puede apreciar que la forma como se viene sancionando actualmente cuando se produce un concurso real de delitos, no cumple su función de prevención o *ius punendi* que tiene el Código Penal, por cuanto en un plazo que no es el suficiente para que se produzca la rehabilitación o readaptación del pena del condenado, está saliendo en libertad, invocando los beneficios penitenciarios a los que pudiera acogerse. (Nuñez, 2003, p. 3)

Inicialmente se señala tener conocimiento de la existencia de doctrina que señala que la acumulación de penas no va a la par de los principios constitucionales plasmados en el artículo 139° inciso 22 de la Constitución Política del Perú; no obstante, hace referencia a que el sistema en ese entonces aplicable -absorción- no cumple con el fin preventivo de la pena, dado que el plazo no sería suficiente para la rehabilitación o readaptación del condenado; al respecto, debe señalarse una vez más la falta de sustento objetivo para afirmar que la ausencia de rehabilitación o readaptación hecha referencia se deba al sistema de absorción aplicable previa a la modificatoria, así tampoco que la acumulación o sumatoria si conlleve a la consecución dichas finalidades.

En tal sentido, es necesario que la pena sea más drástica para que pueda cumplir realmente su sanción preventiva de la realización de actos ilícitos, por lo que se sugiere a través de la presente iniciativa que en los casos de concurso real de delitos se sancione sumando las penas de los delitos independientes que pudieran haberse efectuado en varios



hechos punibles, esto se efectúa con la finalidad de buscar una justicia más efectiva.
(Nuñez, 2003, p. 3)

Conforme al artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, por lo que las modificatorias referidas a la pena necesariamente deberán conllevar a un análisis de las tres funciones, mas no de solo de una de ellas, la preventiva como se hace en el presente caso, dejando de lado la protectora y resocializadora; asimos, se denota que una vez más se hace alusión a la aplicación de penas más drásticas plasmadas en el lapso de duración, la consecución de los fines de la pena.

De otro lado, se sugiere establecer un tope en la suma de las penas cuando se trate de pena privativa de la libertad temporal, la misma que no podrá exceder de 40 años, ya que no se podría dejar libremente la sumatoria de las penas, ya que en este caso si estaríamos incurriendo en sanciones simbólicas, ya que no se podrían tener penas de 80 o 90 años, sobre todo, si el artículo 290° del Código Penal regula que la duración de la pena privativa de libertad tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. (Nuñez, 2003, p. 4)

El proyecto de ley bajo comentario, además pretender una modificatoria en el sistema de pena aplicable al concurso real de delitos, postulo la incorporación de un segundo párrafo en el artículo 50° del Código Penal, señalando que la sumatoria de pena no podría exceder los 40 años, lo cual resulta incompatible con lo prescrito en el artículo 29° del mismo cuerpo legal, el cual establece que la duración máxima de la pena privativa de libertas es de 35 años, se añade que al llegar al trigésimo quinto año podría pedirse podría acogerse al procedimiento de revisión de sentencia, aseveración que no justifica en ninguna medida la contravención si tenemos presente que la revisión no



necesariamente conlleva a una respuesta positiva, por lo que la condena tendría que seguir cumpliéndose por encima del límite dispuesto por nuestra normativa penal.

Si bien es cierto, somos conscientes que con la agravación de las penas no se va a eliminar o solucionar el problema delincencial, que tiene raíces sociales y económicas, lo que se pretende es reducir o disminuir la realización de ciertos delitos graves, que vienen poniendo en riesgo nuestra sociedad y la integridad física de todos los ciudadanos. (Nuñez, 2003, p. 4)

Este extracto resulta interesante, por cuanto aun cuando se reconoce que la asimilación de la acumulación de penas no es la solución al problema delincencial, dado que otros son los factores detrás de ello, se postula la modificatoria de un sistema de pena -absorción- que no tampoco resulta ser el problema; resulta también pertinente señalar que la modificación del sistema de pena aplicable al concurso real de delitos, no hace diferencia entre los delitos que se consideren graves frente a los que no, menos aún la disminución de tales, como inicialmente de manera atinada se ha hecho referencia.

- **Análisis costo beneficio**

La aprobación de esta norma no va ocasionar ningún egreso al erario nacional, lo que tiene como objetivo es buscar que se apliquen las penas de manera justa y que pueda permitir que el Código Penal cumpla con su función preventiva; así como, disminuir la realización de algunos delitos graves que vienen afectando nuestra sociedad. (Nuñez, 2003, p. 5)

Este proyecto reitera lo señalado por sus precedentes, de que la modificatoria postulada no generara gasto económico alguno, reproducción que permite deducir, la falta de estudio de las consecuencias que podría tener la modificatoria planteada, dejándose llevar por los beneficios que a su parecer podría podrían llevar la propuesta incoada, ello



sin mayor sustento técnico; este apartado, hace referencia a algo ya comentado precedentemente, la prevención con fin de la pena, sin tener presente los demás descritos por la norma; finalmente, es de renovar que la instauración o modificación de un sistema de pena aplicable respecto de un concurso no hace diferencia entre los delitos que podrían encajar dentro de ella, por lo que sus consecuencias serán similares.

4.2.4. Proyecto de Ley N° 13454/2005-CR

- Exposición de motivos

Los hechos cotidianos de inseguridad ciudadana exigen la modificación de los artículos 48, 49, 50° y 51° del Código Penal, referidos al concurso ideal de delitos, delito continuado, concurso real de delitos y concurso real retrospectivo. Razón por la que habiendo transcurrido más de un año como exige el Reglamento del Congreso de la República, hago mío la citada iniciativa legislativa. (Iberico, 2005, p. 1)

Se señala como sustento del proyecto de ley, los hechos cotidianos de inseguridad ciudadana, no obstante, no se hace referencia una vez más, menos aun con sustento técnico, que la acumulación de pena se constituya la solución a dicho problema; y, que en tal sentido, la absorción antes aplicable resulta la cuna del problema descrito, como se ha hace referencia líneas posteriores en el proyecto.

Dado un Concurso Ideal de Delitos, la pena aplicable sea no sólo la más grave (la cual es tiene un extremo máximo y uno mínimo), sino el extremo superior de las más grave; para el Concurso Real de Delitos se propone la suma de las penas, hasta un máximo de 40 años. De modo que la comisión de nuevos delitos por el sujeto activo sea severamente sancionado. (Iberico, 2005, p. 2)

Referente al concurso real de delitos, este proyecto también pretende la acumulación hasta un máximo de 40 años, como el proyecto precedente también postuló, sin tener en cuenta que la pena privativa de libertad máxima aplicable es de 35 años,



En todos los casos, se dispone que si el incremento de penas o su aplicación sucesiva se tradujera en que una persona permanezca más de 35 años en privación de libertad, el interno tenga derecho al proceso de revisión a que se refiere el artículo 59-A° del Código de Ejecución Penal. Salvaguardándose así, el fin resocializador de la pena, dejándose abierta la posibilidad de que el tratamiento penitenciario permita al condenado reincorporarse a la sociedad si da muestras de cambio en su conducta. (Iberico, 2005, p. 2)

Se hace referencia nuevamente a la posibilidad de instaurar el derecho de revisión instaurado en el artículo 59° - A del Código de Ejecución Penal, respecto del cual como ya también se ha referido, no necesariamente conlleva a una respuesta fructífera para el interno, por lo que, en dicho caso, la continuación del interno contravendría el periodo estipulado como máximo para la pena privativa de libertad.

La resocialización no solo importa incorporar nuevamente ante la colectividad a quien ha cumplido su condena, sino de otros elementos como la reeducación y rehabilitación en el lapso de internamiento para finalmente poder reincorporarlo a la sociedad, situación que no se tiene presente en el caso bajo comentario,

- **Análisis costo beneficio**

El aumento de punición se traduce en un incremento de los costos operativos de la Administración Penitenciaria. Sin embargo, el impacto de este cambio normativo sólo se apreciará en varios años más, conforme los reclusos permanezcan más tiempo en prisión de lo que hasta la fecha se da. Mayor gasto que se justifica por la mayor seguridad que se dé a la sociedad: en una lucha más intensa por la resocialización de los internos por estos delitos, protegiéndose así en mejor forma a la sociedad. (Iberico, 2005, p. 3)



A diferencia de sus predecesores, este proyecto si presenta un cuerdo análisis a los gastos que provocaría la modificatoria, el cual como bien señala se ha de provocar en la medida que la modificatoria postulada se vaya aplicando; no obstante, nuevamente se advierte la falta de juicio de lo que realmente comprende la resocialización.

4.2.5. Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, referidos sobre proyectos de Ley referidos a la modificación del artículo 50° del Código Penal y otros numerales del mismo ordenamiento

- Sustento factico

Sin embargo, se puede apreciar que la forma como se vienen sancionando los delitos, especialmente cuando se produce un concurso real, no logra que la pena alcance la función de prevención que le asigna el Código Penal, en la medida que el periodo de privación de libertad resulta insuficiente para que se produzca la rehabilitación o readaptación del condenado. (Comisión de Justicia y Derechos Humanos, 2005, p. 2)

Si bien nos encontramos ya no frente a una propuesta legislativa, sino frente al dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, se hace también referencia a dos elementos ya comentados anteriormente, la función preventiva que asigna el Código Penal a la pena y el periodo de privación de la libertad para la rehabilitación o readaptación del condenado.

Respecto del primero, como ha sido señalado en reiteradas oportunidades, no se tiene presente al momento de incoar las propuestas legislativas, que la pena no tiene como única finalidad la prevención, sino también comprende una finalidad protectora y resocializadora, estas últimas que no ha sido tenidas en cuenta en los proyectos que dan mérito al dictamen bajo comentario, y en los casos en los que se ha hecho mención a la resocialización, no se ha tenido presente la dimensión de tal figura.



Referente al segundo, resulta precisamente lo comentado en la parte final del párrafo precedente, lo que emotiva a que los legisladores consideren que la resocialización comprende simplemente el transcurso del tiempo y cuya conclusión alcanza la resocialización del condenado; hecho que no lleva a pensar que entre más tiempo se priva de la libertad a una persona, la resocialización será más efectiva.

En tal sentido, es necesario legislar de acuerdo a la realidad de nuestro país, teniendo en cuenta el aumento significativo de la delincuencia y el hecho, registrado por las estadísticas, que internos que cumplieron en prisión un tercio de la pena que se les impuso y obtuvieron el beneficio de semi libertad volvieron a delinquir, en un alto porcentaje, al poco tiempo. (Comisión de Justicia y Derechos Humanos, 2005, p. 2)

En este extracto se hace referencia al beneficio de semilibertad, cuya consecución pareciera ser la causa de que quienes la consiguieron vuelvan a delinquir, afirmación que se desprende del fundamento en análisis, hecho que se susitaria porque la norma señala el cumplimiento de un tercio de la pena para dicho beneficio; por ende, no resulta coherente en virtud de la problemática descrita, que se pretenda como solución la acumulación de penas, cuando los requisitos para el beneficio de semilibertad pueden ser los modificados, dado que el tiempo de ejecución de sentencia como presupuesto para ello es lo que se rebate.

- **Fundamento doctrinario**

Lo que se pretende lograr es una adecuada protección de los valores fundamentales de nuestra sociedad, sobre la base del menor costo posible de represión y de sacrificio de la libertad individual. (Comisión de Justicia y Derechos Humanos, 2005, p. 3)



El citado fundamento jurídico, hace claramente referencia a que, al instaurar las penas, tal debe tener presente el menor costo posible de represión y de sacrificio de la libertad individual, fundamento que, si bien es citado, no es conducente con la modificatoria postulada, dado que con ella se pretende mayor represión y sacrificio de la libertad individual.

El criterio de que "quien comete varios delitos, con o sin precedente condena, es un individuo más peligroso que quien debe responder por uno sólo. (Comisión de Justicia y Derechos Humanos, 2005, p. 4)

Referente a esta afirmación, considero que nace de una óptica subjetiva, dado que podría sobre ella preguntarse, si la persona que comete el delito de lesiones leves dolosas y el delito de agresiones físicas en contra de los integrantes del grupo familiar, en concurso real de delitos como ha sido calificado en el expediente penal N° 02797-2018-80-2101-JR-PE-02 de la Corte Superior de Justicia de Puno, ¿es más peligrosa que uno que cometió homicidio?

- **Opinión de los miembros de la comisión**
- **Congresista Yonhy Lescano Ancieta**

El informe del Centro de Investigación Parlamentaria sobre seguridad ciudadana, que se ha distribuido, señala que, según un estudio de la CEPAL, la impunidad ha crecido en la Región Latinoamericana, debido a deficiencias en los sistemas policiales y judiciales, registrándose, además, una saturación de las cárceles, en las que existe un porcentaje muy alto de personas sin sentencia. (Lescano, 2005, p. 5)

Una aspecto resaltante de esta participación, es el hecho de haber señalado que además de las deficiencias judiciales y policiales que presentaría Latinoamérica, también se registra saturación en las cárceles, definido también como hacinamiento penitenciario,



factor importante consecuente de la acumulación de penas actualmente adoptada, el cual no ha sido objeto del más mínimo análisis en los proyectos de Ley referente a la modificación del artículo 50° del Código Penal, así tampoco en el presente dictamen, más que el pequeño comentario resaltado y el referido por el congresista Ferrero Costa.

El mismo documento, refiriéndose a experiencias desarrolladas en Cali, Colombia, sostiene que se ha logrado reducir los homicidios en un 30%, en un lapso de cinco años, gracias a políticas de prevención vinculadas al empleo, la educación, la familia, la mujer, la juventud y la participación ciudadana, así como al mejoramiento de los sistemas policial, judicial y penitenciario. (Lescano, 2005, p. 5)

Prosiguiendo con el comentario anteriormente analizando, se hace referencia a la reducción de homicidios en Cali-Colombia en un 30% debido a políticas de prevención vinculadas al empleo, familia, juventud y otras; por tanto, resulta inocuo postular que la sola modificación del sistema de penas aplicable al concurso real de delitos solucione los índices delincuenciales que pudiera presentar nuestro país.

No obstante, es necesario adoptar acciones inmediatas porque las políticas enunciadas sólo dan resultado a largo plazo, debiendo, en todo caso, respetarse la sentencia del Tribunal Constitucional que determina que la pena privativa de libertad no puede exceder de 35 años, previsión que guarda relación directa con el sentido de resocialización que esta tiene. (Lescano, 2005, p. 5)

La parte inicial de este extracto pareciera desentonar con políticas a largo plazo, postulando optar acciones inmediatas, la cual no tendrán ningún resultado, si no se instaura una política criminal como el hecho referencia precedentemente por el mismo parlamentario.



Se ha advertido en dos proyectos de ley, que tales pretendían la sumatoria de penas hasta los 40 años, contraviniendo lo dispuesto por la misma norma que se pretende modificar y pronunciamientos del máximo intérprete constitucional como se hace referencia en el apartado bajo comentario.

- **Congresista Carlos Ferrero Costa**

Hay que solucionar, además, el problema de las cárceles, a cuyo efecto debe tenerse presente que si aumentamos las penas va a crecer la población penal, va a aumentar su hacinamiento y se va a deteriorar la atención médica, factores que, conjugados, podría dar lugar a motines de importancia que, felizmente, en los últimos años no se han producido. (Ferrero, 2005, p. 6)

Si bien constituye un breve comentario, este hace referencia al hacinamiento penitenciario como consecuencia de la modificatoria incoada, comentario asimilable a lo señalado por el parlamentario Lescano; pues, precisamente tal hecho resulta un aporte negativo de la acumulación o sumatoria de penas, dado que al generar lapsos largos de internamiento, el costo de atención será mayor, dificultando ello la resocialización tantas veces hecha referencia en los proyectos de ley, sin tener presente las consecuencias que ocasionarían la modificatoria.

Por lo expuesto, insisto en la necesidad de esforzarnos para ir por los tres caminos a la vez, en la medida que si solo aumentamos las penas y no les abrimos a los jueces un campo para que puedan juzgar más rápido, se va a mantener vigente parte de la problemática: la falta de sentencias y el hacinamiento de las cárceles. (Ferrero, 2005, p. 6)

Este apartado resulta el último comentario de los dos únicos hechos referencia al hacinamiento penitenciario como consecuencia de la sumatoria de penas; frente al cual



no se hará mayor hincapié en lo posterior, conforme se advierte de la lectura del íntegro del dictamen y posterior debate en el pleno; no obstante, cabe destacar el reconocimiento de esta problemática.

- **Congresista Javier Velasquez Quesquen**

Estimo que no deben dejarse de lado conceptos recogidos por el derecho humanitario, porque constituyen principios que, dentro de un sistema democrático, deben ser respetados en materia penal, criterio dentro del cual coincido con la necesidad de agravar la responsabilidad del inculpado en el concurso real de delitos, porque se trata de varias acciones concretas, todas ellas de carácter delictivo. (Velasquez, 2005, p. 6)

Considero particular el término de “agravar la responsabilidad del inculpado en el concurso real de delitos”, afirmación que a criterio propio me resulta factible, dado que el concurso real de delitos, al fin de cuentas, denota la comisión de más de un delito; no obstante, me resulta discutible que dicha agravación deba ser aplicada con una sumatoria de penas, por lo que tal vez podría apostarse por la diferenciación en la aplicación de beneficios sociales, el cual resultaba una problemática para uno de los parlamentarios antes citados, o que tal constituya un agravante para la cuantificación de la pena, pero no en el extremo ahora adoptado.

- **Congresista Alcides Chamorro Balvin**

Hay que profundizar el análisis para determinar qué propuestas se pueden mantener y cuales otras se deben retirar, siendo como es un tema importante, que no pasa necesariamente por el aumento de las penas. Hay que tener en cuenta que su incremento, en el caso de diversos ilícitos, ha originado que el Código Penal pierda su carácter sistémico y que se haya tenido que nombrar una comisión revisora para ordenarlas y para



que estas vuelvan a ser proporcionales a la diferente gravedad de los actos delictivos.
(Chamorro, 2005, p. 6)

Una consecuencia más atribuible a la sumatoria de penas, es la descrita por el congresista Chamorro, quien acertadamente señala que el Código Penal vería vulnerado su carácter sistémico, ello dado la sumatoria o acumulación conllevará a que determinados delitos considerados como de “menor gravedad” terminen siendo punidos con mayor gravedad frente a los delitos de “mayor gravedad”.

- **Congresista Heriberto Benitez Rivas**

Es necesario que la Comisión enfoque el problema de la seguridad ciudadana con mayor amplitud, en la medida que el incremento de las penas, según experiencias anteriores, tiene un efecto disuasorio limitado, que se va perdiendo progresivamente. No hay que olvidar, por otro lado, que el régimen penitenciario, según la Constitución, tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, así como que el Tribunal Constitucional ha señalado que la pena privativa de libertad no puede exceder de treinta y cinco años, sentencia que se condice con los convenios internacionales ratificados por el Perú. (Benítez, 2005, p. 7)

Este apartado constituye un reconocimiento a la limitada efectividad de la sumatoria de penas que fue incoada; por lo que, el enfoque debería centrarse en los principios de la pena instaurados constitucionalmente

4.2.6. Debate en sesión del pleno del congreso

- **Congresista Mauricio Mulder Bedoya**

Estamos agravando las penas porque ésta es una respuesta al clamor ciudadano que reclama que el Congreso de la República apruebe penas severas. (Mulder, 2006, p. 29)



En este estadio legislativo, el debate resulta más amplio, en tanto se cuenta con la participación de todo el parlamento, donde cómo se puede advertir se parte por señalar que con la propuesta de modificatoria se pretende dar respuesta al clamor ciudadano que requiere penas más severas, afirmación que constituye una muestra de la actividad demagógica de parte del parlamento.

El tema de la población carcelaria tiene que ser resuelto por el Poder Ejecutivo. Pero el Poder Legislativo no puede estar sometido a las decisiones o indecisiones del Poder Ejecutivo que no resuelve ese tema, ni podemos estar haciendo modificaciones que no son sustantivas al Código Penal. Si seguimos así, la ciudadanía termina diciendo que nada hacen los políticos, que los representantes no les protegen frente a la inseguridad ciudadana. Por lo tanto, hay un descrédito generalizado del Estado con respecto a los ciudadanos. (Mulder, 2006, p. 29)

En la elaboración del dictamen, si bien no en gran medida, pero se introdujo la posibilidad del hacinamiento penitenciario que podría ocasionar adoptar el sistema de acumulación o sumatoria de penas en concurso real de delitos; potencial problema que debiera ser analizado y tomado en cuenta en el pleno; sin embargo, más allá que el argumento bajo análisis, no tiene mayor incidencia en el debate.

Como es fácil advertir, el problema carcelario es trasladado al poder ejecutivo, no teniéndose reparo alguno en que la propuesta legislativa podría agravar la deficiencia carcelaria ya existente, sustentando una vez más en un discurso demagógico, termino adecuado si se tiene presente que lo que se objeta no es adoptar los requerimientos de la ciudadanía, sino elaborar leyes o modificarlas sin mayor sustento técnico, más que solo generar crédito con los ciudadanos.



Por lo tanto, la respuesta del Congreso de la República tiene que ser efectiva e inmediata frente al clamor ciudadano, porque la ola de secuestros, violaciones y hurtos han determinado que haya un alto nivel de inseguridad ciudadana. Si nosotros no reaccionamos rápidamente, este tema se va a traducir en hechos políticos, en pleno proceso electoral. (Mulder, 2006, p. 31)

Este apartado, resulta un más demagógico, si como es advertible, se hace nuevamente referencia al clamor ciudadano, y peor aún se da luces de un trasfondo político, al señalar que no dar respuesta al requerimiento ciudadano podría influir políticamente en pleno proceso electoral,

- **Congresista Carlos Ferrero Costa**

Además, en cierto sentido, es un poco simple la propuesta. Porque los congresistas, cada vez que aumenta la delincuencia, establecen más penas. Como si nosotros no supiéramos, todos, que el incremento de la penalidad está sirviendo muy poco para disminuir la delincuencia. (Ferrero, 2006, p. 32)

Lo afirmado resulta cierto, en tanto se diversas investigaciones que determinar que la dureza e incremento de la pena no conlleva a una reducción en la comisión de delitos, dado que las personas delinquen por diversos motivos, dentro de los cuales no entra en consideración la pena a imponerse; sin embargo, una vez más debe reiterar que la propuesta legislativa resulta una muestra demagógica sin mayor sustento objetivo que determine que se alcanzara la finalidad que se pretende con ella.

- **Congresista Alcides Chamorro Balbin**

Valdría la pena hacer una observación. La finalidad de la pena, de acuerdo con la Carta Política vigente, es la resocialización. Sin embargo, el hecho de que en los penales no se cumple con la resocialización no quita que la finalidad suprema de la pena es ésta.



Si no, tendríamos que cambiar la finalidad de la pena como preventivo general en la Constitución para incorporar este tipo de mecanismos. (Chamorro, 2006, p. 36)

Vale la pena rescatar este apartado, ya que en retiradas oportuna es señalado que la pena tiene más de una función conforme al Título Preliminar del Código Penal, puesto que este identifica tres, la prevención, la protección y la resocialización; aun más, la Constitución Política hace referencia a que el régimen penitenciario tiene como objetivo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado, elementos que conforman la resocialización; así, la propuesta legislativa bajo análisis no hace mayor análisis a las demás funciones de la pena que solo la prevención, sustentándose así los diversos proyectos en efectivizar la prevención, sin tener presente que la pena presenta más de una finalidad.

Creo que vale la pena escuchar incluso las opiniones del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo. Hasta donde tengo conocimiento todas estas instituciones tienen una opinión claramente contraria a esta iniciativa. (Chamorro, 2006, p. 36)

Lo descrito es otro elemento a tener en cuenta, ya que de ninguno de los proyectos que dan pie al debate, así tampoco el dictamen emitido por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, presenta opinión siquiera mínima o respaldo por las intenciones encargadas de administrar justicia o coadyuvar con ella.

- **Congresista Luis Santa María Calderón**

Asimismo, considero que las cárceles están llenas por defecto procesal. Se habla de que hay muchos procesos, pocos jueces y que las cárceles están llenas. Pero las cárceles pueden estar vacías si nosotros somos más severos en la sanción, sumando las penas, a fin de dar respuesta a la ola delictiva. Todos los días publican los diarios una serie



de raptos, secuestros y violaciones. Nosotros no podemos permanecer como espectadores de estos hechos delictivos. Tenemos que dar viabilidad a una sanción más severa, y uno de los mecanismos lo estamos proponiendo en el proyecto en debate. No estamos duplicando las penas, sino que estamos sumándolas por los delitos ya cometidos. (Santa María, 2006, p. 38)

Se señala que las cárceles estarían más vacías si se es más severo con la sanción, afirmación equivocada si se tiene presente que diversos estudios han señalado que penas más severas no disminuyen la criminalidad, muestra de ello se tiene la investigación realizada por el Servicio de Asesoría técnica parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, titulada “Efectos del agravamiento de las penas frente a la comisión de delitos, donde se ha arribado como conclusión que frente a “la severidad de la pena y el número de delitos cometidos, se observa que el aumento de la primera no produce un descenso de los segundos”.

- **Congresista Yonhy Lescano Ancieta**

Esta propuesta tiene que ser materia de una revisión porque, reitero, pueden cometerse varios delitos menores, y la condena puede llegar hasta veinte años de cárcel, y también puede cometerse un delito grave con una pena de sólo siete o diez años de cárcel. lo cual no tiene lógica alguna. (Lescano, 2006, p. 42)

Este extracto hace referencia a la proporcionalidad que debería existir en la instauración de penas, proporción a la cual se hace énfasis, si se tiene presente que como se ha señalado, la comisión de delitos “leves” podría conllevar a una mayor condena frente a los delitos “graves” por el solo hecho de la característica individual de este último



Si introducimos principios contrarios a los que están en el Código Penal, pues estamos desnaturalizando todo ese cuerpo legal. Eso es lo que está sucediendo en estos momentos; estamos haciendo un monstruo. (Lescano, 2006, p. 42)

Anteriormente se ha hecho referencia como una de las consecuencias de la que las contantes modificaciones al Código Penal, es el quebrantamiento de carácter sistemático con el que fue elaborado el Código Penal, dado que se perturba la finalidad con la que surgió

- **Congresista Heriberto Benitez Rivas**

¿Qué buscamos defender nosotros? ¿Al individuo que comete un delito y, por tanto, hoy que readaptarlo, rehabilitarlo y reinsertarlo en la sociedad? ¿O buscar que la sociedad nos diga que demos más penas, pena de muerte, fusilamiento, aniquilamiento y desapariciones? (Benítez, 2006, p. 43)

Como se ha venido señalando, la propuestas legislativas no deben contener un sustento demagogico, sino una base tecnica y objetiva, de mdodo tal que realmente sirvan de aporte a los lineamientos de un pais, mas no causar mayores contrariedades que los que ya presenta.

¿Qué debe conducirnos a buscar una solución que permita que una sociedad viva tranquila y que no sea víctima de los delincuentes? ¿Buscamos simplemente aumentar los penas y llenar las córceles de delincuentes, que no es una solución? (Benítez, 2006, p. 43)

En la linea de lo antes señalado, se advierte que la medida no constituye un verdadera solución al problema delincuecial que presenta nuestro pais, si no que introduce mayores complicaciones para combatir ella.



Todos sabemos que las cárceles se convierten en escuela de delincuentes: hay gente que por cometer un delito de hurto o porque arrancó una cartera lo conducen a prisión y se convierte en secuestrador, en homicida o en violador. (Benítez, 2006, p. 43)

Efectivamente, en vez alcanzar los fines de la pena, suele suceder por el contrario que los delincuentes son adiestrados para la comisión de delitos de mayor impacto, consiguiendo mayor destreza en la comisión de delitos dentro de la propia cárcel o fuera de ella.

Me parece saludable el recorte de beneficios penitenciarios. También me parece positivo que se evalúe la posibilidad de que se realicen trabajos forzados para los que tengan penas efectivas de prisión. Pero cuidado con la sumatoria de las penas, porque esta propuesta puede conducirnos a la violación de los tratados internacionales en vigor. Si esto es así, los internos pueden recurrir a las instancias internacionales, anular los procesos, y de victimarios terminen convertidos en víctimas. (Benítez, 2006, p. 43)

Si lo que se pretende es agravar la punición de quienes comenten más delitos, pueden estudiarse otras medidas que no necesariamente contravengan normas constitucionales, penales o que causen mayores conflictos dentro del ordenamiento que a la larga son más perjudiciales para la propiedad ciudadana

- **Congresista Mauricio Mulder Bedoya**

Hay evidentemente una polémica de carácter jurídico, que siempre existirá en el Derecho Penal, entre quienes tienen la concepción de aplicar penas más duras, porque hay que castigar los delitos para defender a la sociedad, y quienes todavía tienen la concepción teórica más adscrita a considerar exclusivamente el tema de la resocialización. Queda a criterio de los congresistas apelar a una y otra concepción. (Mulder, 2006, p. 44)



Con cierta despectiva, se hace señala que la resocialización constituye solo un aspecto teórico de la pena, cuando en la realidad no se tiene mayor aporte legislativo y ejecutivo para su consecución.

Si los principios rectores del derecho penal peruano actual son incólumes, nunca vamos a poder reprimir el delito. Ha quedado demostrado que la suerte de solidez de esos principios no ha sido efectiva porque el aumento de la criminalidad es constante, y el Código Penal peruano, con su gran tradición que no es tal, no está dándole respuestas efectivas a la sociedad en ese tema. (Mulder, 2006, p. 44)

Siempre se ha impartido en las aulas universitaria en la cuales se intruye la rama jurídica, que los principios son los pilares del ordenamiento jurídico, respecto a los cuales debe ceñirse su aplicación; no obstante la manifestación bajo análisis, desmerece los mismos atribuyéndole no haber coseguido una represión delictual, cuando realmente, no se han dado los mecanismos hasta la actualidad para su plena efectivización; por otro lado, con la modificatoria postulada, la resocialización seguirá constituyendo un principio dentro de la finalidad de la pena, solo que su consecución será más lejana.

4.3. RESPECTO AL SEGUNDO OBJETIVO ESPECIFICO

4.3.1. Finalidad y función del régimen penitenciario

Partiendo por señalar que la distinción entre funciones y fines de la pena penal resulta distinguible bajo la concepción de entre lo que existe y para lo que debe existir; en el primer supuesto nos referimos a la función, mientras que lo segundo atañe a la finalidad

A decir de Ferrajoli, en la traducción realizada por Carbonell et al (2006):

Las doctrinas normativas del fin y teorías explicativas de la función o de la motivación son asimétricas entre sí, sea en el plano semántico, por el distinto significado de “fin”, “función” y “motivación” o en el plano pragmático, por las finalidades



meramente directivas de las primeras y descriptivas de (hechos) de las segundas y (de normas) de las terceras; o en el plano sintáctico porque las unas no son derivables de las otras (como se citó en Prieto, 2012, p. 12).

En la línea de lo expuesto, el artículo 139° inciso 22 de la Constitución Política del Perú, reconoce como fines del régimen penitenciario, la reeducación, rehabilitación y reincorporación social del penado; dado que textualmente así lo señalado “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

Las figuras referidas, reeducación, rehabilitación y reincorporación, constituyen elementos de la resocialización, institución que las engloba y procura su efectivización; así, el Tribunal Constitucional a través de Sentencia emitida en el expediente N° 0007-2018-PI/TC, conceptualiza cada una de ellas como sigue a continuación:

La resocialización en el momento de la ejecución de la pena concibe tres finalidades constitucionales:

La reeducación, que alude al proceso de adquisición de actitudes al que es sometido un recluso para ser capaz de reaccionar durante la vida en libertad; (p. 17).

La reincorporación social, que nos remite al resultado fáctico de recuperación social, que implica la introducción en la sociedad de un condenado en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos; y, (p. 17).

La rehabilitación, que expresa un resultado jurídico, un cambio de estatus jurídico del ciudadano que obtiene su libertad; es la recuperación, por parte del ciudadano que ha cumplido su condena, de todos sus derechos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos (p. 17).



En esa línea, la doctrina también ha disgregado la resocialización en tres sub principios: reeducación, rehabilitación y reincorporación; es decir, los mismos a los cuales hace referencia la jurisprudencia a través del máximo intérprete de la Constitución, tal es el caso de Urias (2011) que señala “La resocialización del condenado es un principio integrado por tres sub principios: reeducación, rehabilitación y reincorporación” (p. 44); y Montoya (2008) que las define como sigue:

La reeducación hace referencia al proceso por el cual la persona adquiere determinadas actitudes que le permitirán desarrollar su vida en comunidad;

La reincorporación hace alusión a la recuperación social de la persona condenada a determinada pena; y, finalmente,

La rehabilitación representa la renovación jurídica del status del ciudadano que cumple determinada pena (p. 634-635)

Por tanto, queda establecido que la resocialización constituye un principio de la función jurisdiccional en la aplicación de la pena, efectivo dentro del régimen penitenciario al cual es incorporado el condenado; principio el cual comprende tres sub principios reconocidos constitucionalmente, la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación.

Por otro lado, debe hacerse mención al artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, que establece textualmente que “la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora”; siendo así, podemos advertir que además de la resocialización, la pena también tiene una función preventiva y protectora.

Respecto de la función protectora, debe señalarse que la pena es necesaria como medio de contención o control social de la criminalidad, en la medida que se utiliza para la protección de bienes jurídicos protegidos, con miras a la prevención general y especial,



que se expresa en control, combate y represión de los delitos y faltas, lo cual se alcanza en diversas fases punitivas, a saber: conminación, imposición, y ejecución de la pena (Mir, s.f. como se citó en Espinoza, 2002).

Por tanto, la función protectora de la pena queda delimitada como el medio de contención para la represión del delito.

En ese sentido, la pena sólo se justifica, allí donde la conducta de los hombres que se prohíbe, perjudicar de manera intolerable la coexistencia pacífica de los ciudadanos y de las clases sociales dominantes, que detenta el poder económico y político y del Estado en la sociedad capitalista y de las formas de vida civilizada (Roxin, s.f. cómo se citó en Espinoza, 2002).

En referencia a la función preventiva, este supone la evitación de delitos y faltas como tarea primaria de la legislación punitiva, en tanto que los fines de protección asignados se relacionan con la tutela de bienes jurídicos, sean personales o colectivos. Tal como describe el artículo I del Título Preliminar del Código Penal “Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”.

No obstante, ello y en paralelo a la función de prevención especial positiva, la función preventiva debe interpretarse sistemáticamente con la función protectora y resocializadora, afirmación que se desprende del mismo contenido del artículo antes mencionado.

A partir de lo esgrimido, resulta factible señalar que el estudio de la finalidad de la pena pasa por un análisis a la Constitución Política del Perú, la norma sustantiva penal y las teorías relativas a la misma; así, como con mayor detalle ha sido analizado precedentemente, la Constitución Política del Perú establece como fin del régimen



penitenciario la reeducación, rehabilitación y reincorporación (artículo 139° inc. 22), los cuales, como señala el Tribunal Constitucional (STC. Exp. 00072018-PI/TC), dichos elementos forman parte de un global denominado resocialización; entendiendo que el régimen penitenciario se avoca a hacer efectiva las penas impuestas, puede afirmarse que la finalidad de la pena es la resocialización; como puede advertirse, arribar a dicha conclusión constituye un razonamiento deductivo, el cual ha sido descrito como uno de los métodos a utilizarse, en tanto se ha partido por premisas recabadas de distintas normas positivizadas y jurisprudencia que nos lleva a concluir la finalidad de la pena, en tanto tal no se encuentra descrita expresamente en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta finalidad se adscribe a la teoría de la prevención especial, dado que con la pena, en palabras de Franz von Liszt, impulsor de la prevención especial, la pena es coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente y le proporciona los motivos necesarios para disuadirlo de cometer el delito, a la vez que refuerza los ya existentes, no negando que la ejecución de la pena implicase algún grado de retribución, pero ello sería solo el medio para alcanzar la prevención; conceptualización que es aplicable a la finalidad resocializadora adoptada por nuestro ordenamiento jurídico.

Así, la finalidad propugnada por nuestra constitución difiere de la finalidad que irradia del sistema de pena aplicable al concurso real de delitos, dado que al sumarse las penas como producto de dicho sistema, estas se vuelven extensa, generando una reclusión prolongada del interno, que es una manifestación de la teoría retributiva en tanto esta contempla a las pena como una justa respuesta o retribución por la ofensa cometida; así, la finalidad principal de la pena de dicha teoría es castigar, es decir, mandar un mensaje tanto al delincuente como al conjunto de la sociedad reprochándole que haya actuado de manera incorrecta y que procede responder por ello; por ello, a los delitos más graves les



corresponden sanciones más graves, mientras que a los más leves les corresponden también penas más leves, pues lo contrario sería cometer una injusticia.

Los proyectos de Ley N° 7103-2003/CR, N° 8498-2003/CR, N° 8828-2003/CR y N° 13454-2005/CR; así como el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, producto de los primeros y correspondiente a la Ley N° 28730, como se puede advertir de los extractos resaltados para la discusión del primer objetivo y que han sido allí comentados, denotan que su finalidad era reprimir la criminalidad en aumento, lo cual a su criterio sería logrado agravando la punición, dado que dicho efecto produciría acumular las penas por cada delito independiente, en tanto consideraron que la pena no estaba logrando alcanzar la función preventiva de la pena; prevención que si bien constituye una función de la pena, no han tenido presente que no es la única que la norma reconoce, dado que a su par se encuentran la protectora y la resocializadora, este último que a su vez cabe reiterar compone la finalidad de la pena; siendo así, si bien de los proyectos ni del dictamen se advierte desviación respecto de la finalidad de la pena, en tanto en ambos caso se pretende la erradicar la criminalidad en crecimiento, la diferencia radica en que los proyectos postulan una encarcelación extendida o agravación de la apena a través de la unificación, como solución para la reducción de los índices de criminalidad, lo cierto es que la norma intrínsecamente a través de su finalidad, postula hacer frente al delincuente a través de mecanismos resocializadores que no están condicionados al periodo de carcelación, en tanto, como ha señalado la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México el incremento punitivo como respuesta de la demanda social por mayor seguridad y justicia frente a la creciente delincuencia, éste se aparta del fin constitucional de reinsertar efectivamente a la sociedad a los sentenciados; postura que es compartida por el Servicio de Asesoría Técnica Parlamentaria de Chile, en el estudio realizado del efecto del agravamiento de las penas frente a la comisión de delitos, al



señalar que la severidad de las penas no produce un deceso en la comisión de delitos ya que la dureza del posible castigo no entra en las consideraciones del delincuente al momento de cometer el delito.

En esa línea, si bien la finalidad de la pena no ha cambiado, lo que si ha variado, es el sistema de penas aplicable, al menos referente al concurso real, dado que previa la modificatoria realizada por la Ley N° 28730, el Código Penal establecía que frente a estos casos, debía imponerse la pena más grave de los delitos independientemente cometidos, tal como se puede advertir de la transcripción que sigue “cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el artículo 48°”; mientras que a la actualidad, en virtud de la modificatoria antes referida, las penas aplicables a cada delito deben ser sumadas, como expresamente señala el artículo 50° del Código Penal, “cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumaran las penas privativas de libertad que fije el Juez para cada uno de ellos (...)”.

Finalmente resulta importante hacer mención a la legislación comparada, respecto al sistema aplicable que regulan y la finalidad que sus constituciones refieren; así, tenemos:

a) Sistema Penal Argentino: refiere como sistema de pena aplicable, la sumatoria, como textualmente refiere el artículo 55° del Código Penal de la Nación Argentina “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión”;



mientras que la finalidad de la pena establecida puede abstraerse del artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina “(...) Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, (...)”

b) Sistema Penal Ecuatoriano: Esta legislación también establece que en caso de concurso real, se acumularán las penas aplicables a los delitos independientes, tal como refiere el artículo 20° de su Código Orgánico Integral Penal “Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años”; mientras que, respecto a su finalidad, el artículo 201° de la Constitución de la Republica del Ecuador señala “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos”.

c) Sistema Penal Colombiano: El artículo 31° del Código Penal Colombiano, estipula también a la sumatoria como sistema de pena aplicable, dado que así ha sido plasmado en el artículo 31° del Código Penal “Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”; respecto a la finalidad de la pena, la misma norma a sido quien se ha encargado se señalarlo como sigue “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinsertión social y protección al condenado. La prevención especial y la reinsertión social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.



Como es advertible de las legislaciones descritas, están presentando similitud en los fines establecidos a la pena así como el sistema de penas aplicable al concurso real, en relación al tratamiento legislativo peruano; sin embargo, tales legislaciones tampoco tienen resultados positivos; tal es el caso que los tres presentan hacinamiento penitenciario conforme se puede verificar de los portales web de las respectivas instituciones nacionales penitenciarias de cada país; así, Colombia, a octubre del presente año presenta hacinamiento en el 20.25% de más (http://190.25.112.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/Dash__Poblacion_Intramural&j_username=inpec_user&j_password=inpec); Ecuador, presenta a septiembre del 2022, hacinamiento en un 10.83% de más (<https://www.atencionintegral.gob.ec/estadisticas/>); y Argentina presenta un 17% de hacinamiento a setiembre del 2022 (<https://www.comisionporlamemoria.org/datosabiertos/carceles/>). De igual forma debe tenerse presente que el índice de criminalidad sigue siendo alto en dichos países (https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1532/cap09.pdf), en tanto debemos tener presente que la solución para reducir dicha tasa no es la extensión ni agravamiento de penas.

4.3.2. Función de la pena dentro de la teoría de la pena

Como ha sido señalado por el Tribunal Constitucional, al margen de la ardua polémica que, con respecto a los fines de la pena existe, dicho Colegiado considera que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el "régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad"; tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social



de los penados, tal como lo ha dado a conocer en la STC emitida en el expediente N° 803-2003-HC/TC.

El mismo ente constitucional ha justificado esta adscripción bajo lo siguiente:

Este principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia, comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones de cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el cuántum de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos. (Tribunal Constitucional, 2003, p.3)

Desde esa perspectiva, el enunciado constitucional constituye per se un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el cuántum de la pena. En efecto, cualquiera sea la regulación de ese cuántum o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad. Finalidad que es atribuible a toda clase de penas, llámense estas privativa de libertad, de multa, limitativa de derechos, pena restrictiva de libertad y por tanto, aplicable a las diversas clases de penas. (Tribunal Constitucional, 2003, p.3)

En tal sentido las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un



límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad. (Tribunal Constitucional, 2003, p.3)

En consecuencia, queda instituido que, dentro de la teoría de la pena, nuestro ordenamiento jurídico adoptó la de la prevención especial positiva, en virtud del principio de resocialización reconocido constitucionalmente a través de los tres elementos que lo componen, como son la reeducación, rehabilitación y reincorporación; principio de además constituye una de las funciones de la pena a la par de la prevención y la protección.

4.4. RESPECTO AL TERCER OBJETIVO ESPECÍFICO

4.4.1. Afectación del sistema de penas a su finalidad

Consecuencia directa de acoger el sistema de acumulación o sumatoria de penas, como ha sido adoptado en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la dación de la Ley N° 28730, misma que como se advertido de los esgrimido precedentemente, es consecuencia de un argumento demagógico, es que dichas condenas extensas generan mayor hacinamiento penitenciario, lo cual a su vez demanda mayor gasto público y desenfoca la verdadera finalidad de la pena; así también, hecha abajo la sistematización con la que fue elaborada el Código Penal.

4.4.2. Demagogia

Tal como ha sido advertido, el pasar de la absorción como sistema de penas al de acumulación o sumatoria, no presente mayor sustento técnico y objetivo, dado que primeramente se ciñe al clamor ciudadano –como hacen referencia los parlamentarios-, por lo que no representaría más que una respuesta populista frente a la ciudadanía.



En segundo lugar, los proyectos de ley que dieron cabida a la modificatoria, presentan como argumento estelar el pretender disminuir la delincuencia a través de sanciones más drásticas, sin analizar las consecuencias colaterales dicha postulación.

En este sentido, que la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México considera que:

El incremento punitivo es motivado como respuesta de la demanda social por mayor seguridad y justicia frente a la creciente delincuencia, éste se aparta de la racionalización de la pena de prisión, así como del fin constitucional de reinsertar efectivamente a la sociedad a los sentenciados. (p. 69)

Es importante reconocer que la respuesta no siempre se encuentra en las penas de larga duración, en la acumulación de sentencias o en las penas vitalicias, ya que éstas no se enfocan a solucionar los problemas de violencia, delincuencia organizada o secuestros, entre otras conductas delictivas que en la actualidad flagelan a la sociedad en el país y por el contrario, representan más violencia de la que se pretende contener, al violar los derechos humanos de los sentenciados, al motivar un modelo en el que no se fortalece la reinserción social y se privilegia la separación permanente del interno bajo el afán de una supuesta salvaguarda social. (p. 5)

Conclusión a la cual también se ha arribado el Servicio de Asesoría Técnica Parlamentaria en el estudio realizado del efecto del agravamiento de las penas frente a la comisión de delitos

La disuasión general penal como método de prevención, que el sistema penal, en general, es efectivo en la reducción de la delincuencia, pero que, al analizar la severidad de la pena y el número de delitos cometidos, se observa que el aumento de la primera no produce un descenso de los segundos. Lo anterior, se debería a que las personas delinquen



por diversos motivos, de modo que la dureza del posible castigo no entra en las consideraciones del delincuente. (Aparici, 2014, como se citó en Cavaba, 2018)

Así, entendiéndose a la demagogia o populismo penal, como la promesa, usualmente política, de reducir los índices de delincuencia con acciones que no tienen un sustento jurídico, o bien, que contrarían los instrumentos internacionales o derechos humanos; en el presente caso, tal figura de plasma en el presente caso, como se puede advertir de análisis realizado al tracto legislativo y posterior emisión de la Ley N° 28730.

4.4.3. Hacinamiento penitenciario

El incremento de la sobrepoblación carcelaria tiene dos posibles explicaciones: El aumento de la violencia y de la criminalidad dentro de un país y el uso desmedido de la pena de prisión para aquellos que contravienen el orden social de un país. En Latinoamérica, ambos factores inciden en el crecimiento de las tasas de encierro, retroalimentándose entre sí. La criminalidad en la región es muy alta y en la mayoría de los países prevalecen políticas de mayor uso y mayor severidad de la justicia penal en base a lo punitivo. (Carranza, 2010).

Según Gaitán y Rojas (2020) citando a Beiras (2006):

El constante aumento de la población reclusa no puede explicarse mediante el argumento del incremento de la criminalidad o las tasas de delito, sino que debe buscarse en el aumento desmesurado de la duración de las condenas, la utilización del sistema penal con fines disciplinarios para los pobres, en la criminalización de la alteridad, en la puesta en marcha de la industria del control del delito así como en las demandas sociales que abogan por mayor seguridad a través del incremento de la represión y la persecución penal. (p.35)

Estando a lo descrito, se advierte que, ante una sumatoria de penas como consecuencia de un concurso real de delitos, resulta deducible que las condenas presentarán una duración extensa, por lo que, al concurrir penados con largos periodo de condena, necesariamente tales confluirán en un espacio-tiempo, hecho que viene a configurar el llamado hacinamiento penitenciario.

Afianzando los argumentos señalados, debe señalarse que nuestro país presenta un evidente hacinamiento penitenciario, como gráficamente muestra el Instituto Nacional Penitenciario a través del reporte estadístico de la “situación actual de la capacidad de albergue, sobrepoblación y hacinamiento según oficina regional”.

SITUACIÓN ACTUAL DE LA CAPACIDAD DE ALBERGUE, SOBREPoblACIÓN Y HACINAMIENTO SEGÚN OFICINA REGIONAL						
Oficinas Regionales / Establecimiento Penitenciario	Capacidad de Albergue (C)	Población Penal (P)	% Ocupacion	Sobre Población (S=P-C)	% Sobre Población (%S)	Hacinamiento (%S>20%)
Totales	41,018	89,464	218 %	48,446	118 %	SI
<input type="checkbox"/> NORTE - CHICLAYO	6,946	16,834	242 %	9,888	142 %	SI
<input type="checkbox"/> LIMA - LIMA	17,607	42,204	240 %	24,597	140 %	SI
<input type="checkbox"/> SUR - AREQUIPA	1,252	3,714	297 %	2,462	197 %	SI
<input type="checkbox"/> CENTRO - HUANCAYO	2,247	6,755	301 %	4,508	201 %	SI
<input type="checkbox"/> ORIENTE - HUANUCO	3,240	6,396	197 %	3,156	97 %	SI
<input type="checkbox"/> SUR ORIENTE - CUSCO	2,918	5,534	190 %	2,616	90 %	SI
<input type="checkbox"/> NOR ORIENTE - SAN MARTIN	5,352	5,537	103 %	185	3 %	SI
<input type="checkbox"/> ALTIPLANO - PUNO	1,456	2,490	171 %	1,034	71 %	SI

Fuente: Unidades de Registro Penitenciario

Figura 1. Estadística de la capacidad penitenciaria del Perú
Fuente: Instituto Nacional Penitenciario

Como es advertible, el hacinamiento es innegable; sin embargo, respecto a si sobre tal crecimiento cabe imputar el sistema de pena actualmente aplicable, la injerencia de tal es inferible, como se puede advertir de los dos cuadros estadísticos que se presentan a continuación:

CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA NACIONAL INTRAMUROS

Periodo: 1997 - 2015

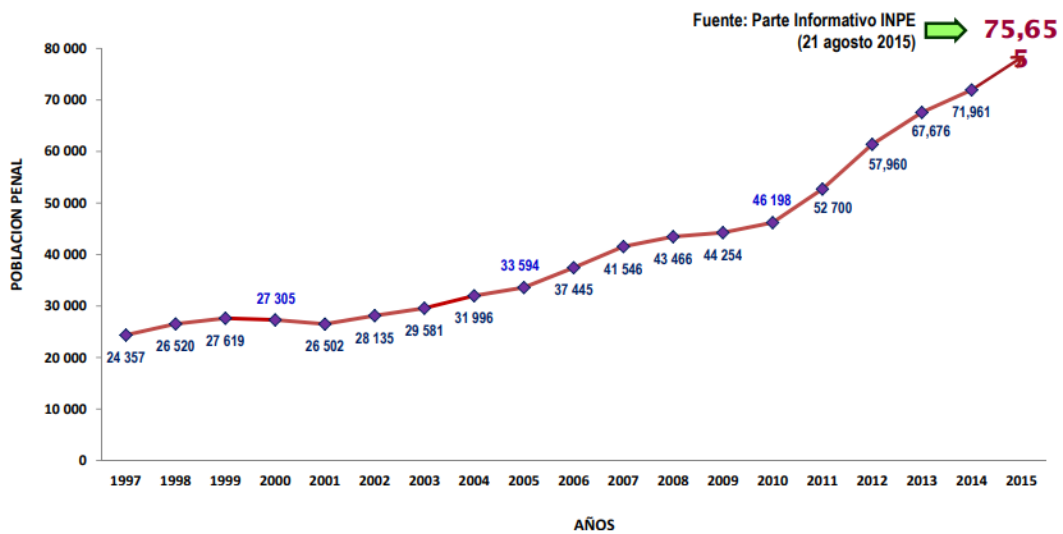


Figura 2. Gráfico de la población penitenciaria anual

Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

La figura N° 02 nos muestra un crecimiento exponencial de la población penitenciaria; es advertible que a partir del 2006, más aún a partir del 2010, que el crecimiento es a gran magnitud, situación que resulta relevante para la presente investigación, si tenemos presente que la Ley N° 28730 entro en vigencia el 14 de mayo del 2006; y que las consecuencias de la misma se suscitan paulatinamente, dado que la pena mínima para la efectivizar una pena privativa de libertad es de cuatro años que con llevaría a efectivizar mínimamente las sumas de pena a partir del año 2010.

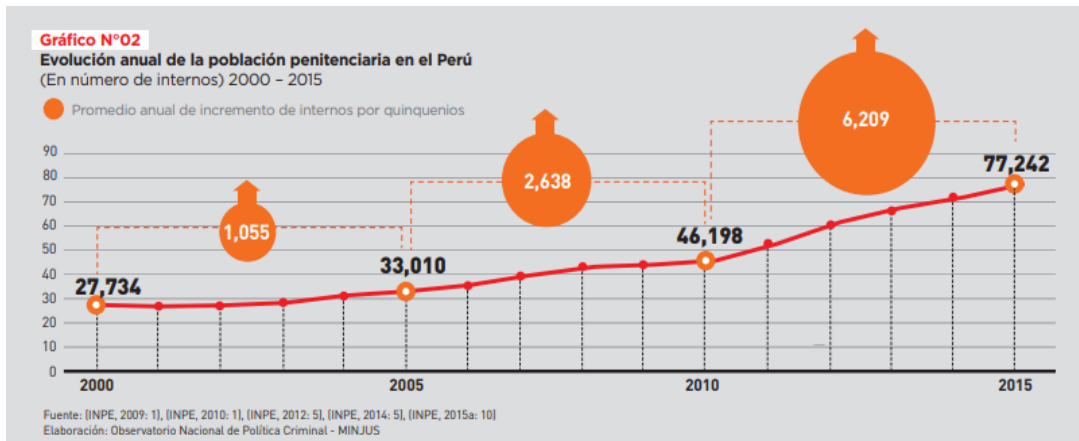


Figura 3. Gráfico de la población penitenciaria en quinquenios
Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

La figura N° 03 representa un cuadro estadístico elaborado por el Consejo Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el cual se puede advertir el promedio de crecimiento anual en quinquenios de la población penitenciaria, denotando que a partir del 2010 el crecimiento de la población penitenciaria ha superado bastante el porcentaje maso menos esperable en relación a años precedentes.

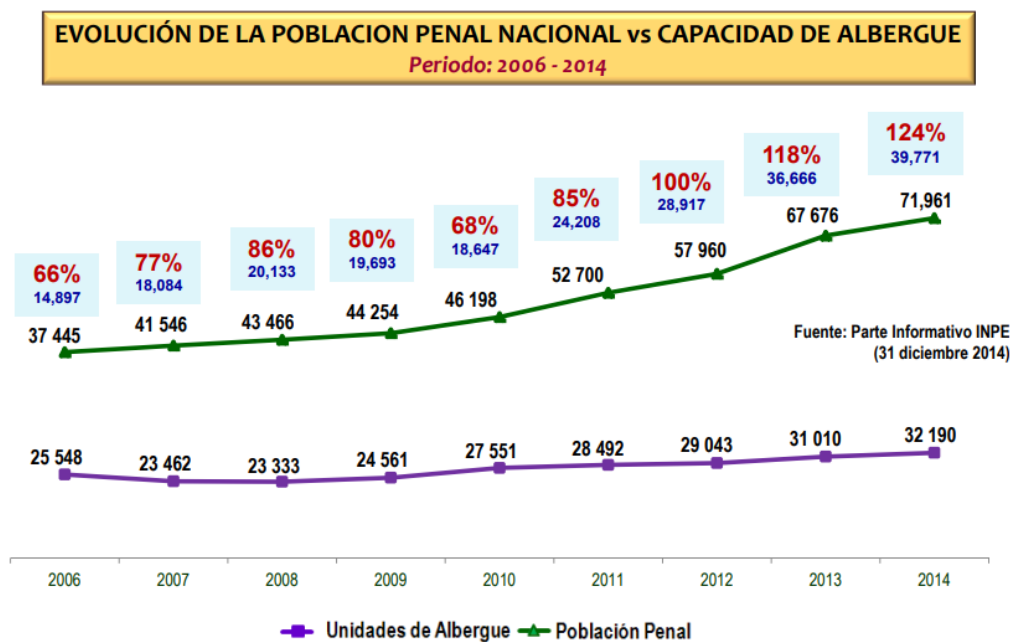


Figura 4. Gráfico de la evolución de la población penal y la capacidad de albergue
Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Cabe tener presente la diferencia entre el crecimiento penitenciario y la sobrepoblación penitenciaria, dado que el segundo denota la incapacidad del sistema penitenciario de hacerle frente al crecimiento de la población penitenciaria; así, como se puede advertir de la figura N° 04, la diferencia entre la capacidad y el crecimiento se ha venido ampliando, el cual resulta más notorio a partir del 2010.

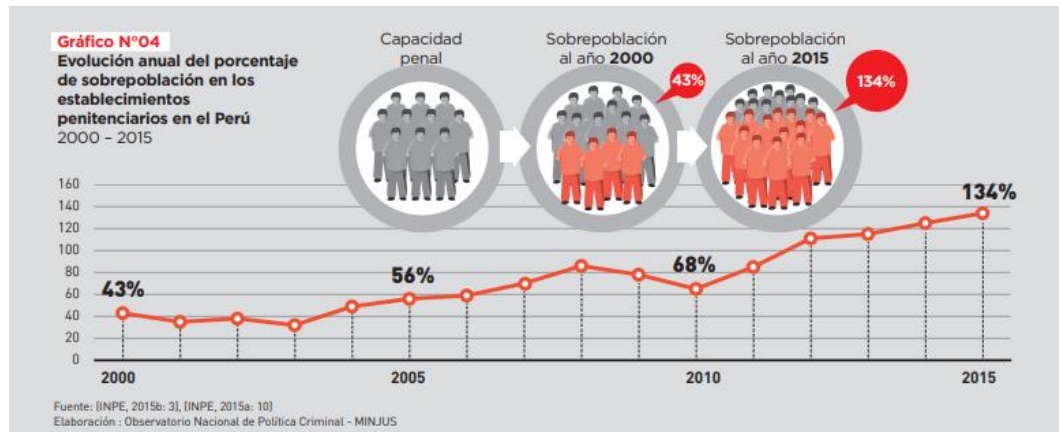


Figura 5. Gráfico de la evolución de porcentaje en quinquenios
Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

La figura N° 05 nos muestra, en porcentajes el crecimiento de la sobrepoblación penitenciaria, el cual evidencia que a partir del 2010, concretamente en el quinquenio al 2015, el porcentaje ha superado el promedio que podía ser calculable en referencia a los quinquenios precedentes, resulta importante tener presente y reiterar, que la importancia de advertir los hechos descritos a partir del 2010, es que la pena privativa de libertad se consigna a partir de los cuatro años, por lo que teniendo presente que la Ley que modificó el sistema de pena aplicable al concurso real entro en vigencia el año 2006, sus efectos se empezaron a palpar mínimamente a partir del 2010.

Conforme a la información proporcionada por el Observatorio Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la sobrepoblación y el hacinamiento carcelario en el Perú obedecen, en gran medida, a cuatro factores: 1. El uso



excesivo de la prisión preventiva, 2. El endurecimiento de las sentencias, 3. La reducción de los beneficios de libertad y semilibertad, y 4. La limitada capacidad de albergue.

Aporte del segundo y tercer factor, es el actual sistema de penas aplicable al concurso real de delitos, dado que como se ha señalado inicialmente, el sumar las penas es una muestra de agravación de las mismas, por cuanto se extiende el tiempo de privación de la libertad de quienes han incurrido en la comisión de delitos independiente al sumársele la pena de cada uno de ellos; en tanto, en relación a la reducción de los beneficios de libertad y semilibertad, debe tenerse presente que al sumar las penas, se hace una pena global mayor, por tanto, los porcentajes mínimos de cumplimiento de la misma deben ser mayores para acceder a un beneficio penitenciario, lo que reduce la posibilidad de acceder a los mismos, o en todo caso alarga el periodo de encarcelamiento de los internos en tanto se cumplan los porcentajes mínimos.

4.4.4. Gasto público

El gasto público va de la mano con el hacinamiento penitenciario, ya que encarcelar mayor cantidad de personas, conllevara mayores gastos en el mantenimiento de las mismas; así también, tal provocará que los caudales estatales que se encontraren destinado o debiesen encontrarse destinados para cubrir otros servicios de la población, sean redirigidos a cubrir el gasto penitenciario.

Así, como señala la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2014):

El encarcelamiento de grandes segmentos de la sociedad crea una carga pesada sobre los presupuestos del Estado. En los países en desarrollo en los que los presupuestos rara vez satisfacen las necesidades de todos sus ciudadanos, la carga adicional de una gran población en las cárceles reduce aún más los fondos disponibles para salud, servicios



sociales, vivienda y educación. Por lo tanto, al considerar el costo del encarcelamiento, se debe tener en cuenta no solamente los fondos que se gastan para mantener a cada recluso, que usualmente es mucho más alto que cuando se sanciona a una persona a penas sin detención, sino también los costos colaterales, tales como el impacto de estos costos en los servicios sociales, económicos y de atención a la salud, que no siempre son fáciles de medir pero que son inmensos y a largo plazo. (p. 20)

Es prioritario promover la deflación punitiva en aquellas normas que resulten incompatibles con el derecho a la reinserción social, ya que un modelo de política criminal que enfatiza largas condenas de prisión, no tiene un efecto preventivo general real (disuasivo) ni tampoco especial, debido a que lo único que consigue es saturar el sistema penitenciario a costos materiales y humanos exorbitantes. (CNDH México, s.f.)

Así, el gasto público producto del sistema de penas aplicable al concurso real de delitos, debe ser entendido, como orientar tal, primero a cubrir la necesidad de los internos por un mayor periodo de tiempo, y segundo, cubrir la necesidad de mayor cantidad de internos; así también, que el erario nacional sea desviado de otros servicios que también o con mayor urgencia debieran ser cubiertos, como es la educación, salud y otros.

Dentro de este último extracto, podemos referir también que otros aspectos a cubrir que son omitidos es la construcción de otros establecimientos penitenciarios, el cual dicho sea de paso, constituye el cuarto factor de la sobrepoblación penitenciaria existente, aunado a que la edificación de tales, también importa dotar de los implementos y servicios básicos a cada uno de dichos establecimientos, lo cual irradia mayores gastos al estado, que aparentemente no se encuentra en la capacidad de poder cubrir.



4.4.5. La reeducación

“Por reeducación se entiende que es el conjunto de técnicas o ejercicios empleados para recuperar las funciones normales de una persona, que se han visto afectadas por cualquier proceso” (Colque, 2020, p. 61).

En esa misma línea, prosigue Colque (2020) refiriendo:

En el derecho penitenciario, la reeducación se refiere al estudio sociocultural y socioeducativo del adulto que se encuentra sometido a pena privativa de libertad en un establecimiento penitenciario, teniendo calidad de interno desde que ingresa a una institución de dicha naturaleza. Es así que la real y objetiva de reeducación del interno se basa en ciertos factores como: el desarrollo de la personalidad, que implica que partiendo de determinadas actividades económicas se permita al interno acceder a una remuneración dirigida al sustento socioeconómico de su familia; la socialización con sus compañeros en actividades económico – sociales, que posibilita la sensibilización con los miembros del INPE y de la PNP; la adquisición de conciencia respecto de su conducta antisocial, que le permitirá asumir la razón por la que se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario; la asimilación de un cambio sociocultural y socioeducativo, que estará orientado a fortalecer ciertas aptitudes, actitudes y destrezas hacia el respeto de la norma jurídica y social; la admisibilidad de las enseñanzas recepcionadas de los especialistas en reeducación, ello con el objeto de hacer a futuro ciudadanos que sean útiles para sus familias y la sociedad. (p. 61)

- Tratamiento penitenciario

El tratamiento penitenciario peruano, se encuentra regulado normativamente en el título III del Código de Ejecución, comprendiendo los Arts. 60° al 94°, estableciendo que el tratamiento penitenciario es individualizado y grupal; ello a través de métodos médicos,



biológicos, psicológicos, psiquiátricos, pedagógicos, sociales, laborales, así como todos aquéllos que permitan obtener el objetivo del tratamiento de acuerdo a las características propias del interno. Es en ese sentido el tratamiento penitenciario se da a través del trabajo, educación, asistencia psicológica, asistencia legal y asistencia religiosa

- **Trabajo**

Este se encuentra regulado por los Arts. 65° al 68° del Código de Ejecución Penal, y señala o considera al trabajo como un derecho y un deber, cuyo fin es contribuir en la rehabilitación, siendo que el trabajo que realizan los internos es remunerado, siendo que el 10% de dicha remuneración servirá de forma obligatoria para costear los gastos que genera la actividad laboral del interno, debiendo el resto ser distribuido en la forma que establece el reglamento; por otro lado el (INPE, Trabajo) en su página web establece que:

“Las modalidades de trabajo penitenciario se desarrollan a través de actividades profesional, técnico, artesanal, productivo, artístico y de servicios auxiliares. Las actividades que se desarrollan en los establecimientos penitenciarios a nivel nacional son: talleres de carpintería, zapatería, tejido a máquina, electrónica, mecánica automotriz, soldadura y forja, sastrería, hidroponía, confecciones, cerámica y telares; además de actividades como agricultura, confección de carteras, taller de cosmetología, cromoplastía, filigrama, artesanía, juguetería, serigrafía, talabartería, tejido en yute, cestería, manualidades, lavandería, ad - honorem y otros.”

Además de ello señala que el trabajo es proporcionado por la administración penitenciaria, a través de la implementación de los diversos talleres laborales implementados en los establecimientos penitenciarios, donde se ejecutan pequeños proyectos de inversión, así como los propios medios del interno (o de sus familiares) y entidades (públicas y/o privadas) por medio de la administración penitenciaria.

No obstante, solo de la revisión de los principales penales de Puno y Juliaca se advierte que tales no cuentan con todas las actividades descritas, por lo que las políticas penitenciarias no vienen siendo cumplidas conforme fueron emanadas, situación agravante si tenemos el hacinamiento penitenciario de por medio.

<p>EP PUNO</p> <p>Director: Víctor Ticona Vilca.</p> <p>POPE: 816 internos</p> <p>Capacidad de albergue: 804 internos</p> <p>Fecha de creación: 1994.</p> <p>Talleres de trabajo: 12 talleres de trabajo entre ellos: Carpintería en madera, Carpintería metálica, Cerámica, Confecciones/costura y sastrería, Tejido a máquina y Zapatería.</p> <p>Internos que participan en talleres: 619 internos</p> <p>CEBA: Virgen de la Asunción.</p> <p>CETPRO: San Martín de Porras.(Carpintería en madera, Carpintería metálica, Cerámica, Confecciones/costura y sastrería, Tejido a máquina, Zapatería).</p> <p>El penal destaca por los bordados en trajes de luces de morenada, diablada, kullawada, sayas y wacawaca, así como también, en la confección de máscaras. que visten los danzantes que participan en la Festividad de la Virgen de la Candelaria.</p> <p>Cárceles Productivas: Se han firmado 20 convenios con empresarios de la región Puno, en los rubros de confecciones de chompas, casacas, camiseras, bordados, chullos, otros.</p>

Figura 6. Descripción del establecimiento penitenciario de Puno
Fuente: Instituto Nacional Penitenciario Puno

<p>Establecimiento Penitenciario Juliaca</p> <p>Ubicación: Av. José Santos Chocano s/n la Capilla - Juliaca.</p> <p>Director: David Blanco.</p> <p>Población penal: 1405 internos.</p> <p>Talleres de trabajo: 16 talleres de trabajo (Carpintería en madera, Confecciones/costura y sastrería, Tejido a máquina).</p> <p>Internos que participan de los talleres: 771 internos.</p> <p>Nombre del CEBA: "71018 Cras La Capilla"</p> <p>Nivel Inicial e intermedio.</p> <p>Nombre del CETPRO: "Virgen del Carmen"</p> <p>Cursos especializados: Carpintería en madera, Confecciones/costura y sastrería, Tejido a máquina.</p> <p>Talleres destacados: Tejido a Máquina y Sastrería, Costura y Confección.</p> <p>Cárceles Productivas</p> <p>En el marco de Cárceles Productivas, el INPE ha firmado 37 convenios con empresas y personas naturales con negocios.</p>

Figura 7. Descripción del establecimiento penitenciario de Juliaca
Fuente: Instituto Nacional Penitenciario Puno

Por tanto, se puede advertir que los efectos generados por el sistema de pena aplicable concurso real de delitos afecta, el principio de reeducación, ya que el gasto que



se realiza en su mantenimiento, vuelve más difícil poder instaurar y cubrir otras actividades que permitan la reeducación del interno, actividades que dicho sea de paso, han sido postuladas por la misma autoridad penitenciaria.

4.4.6. La rehabilitación

A decir de Ramos (2009), como se citó en Colque (2020)

La rehabilitación es la acción o el efecto de habilitar de nuevo o rehabilitar su estado sociocultural y psíquico social a una persona o a un interno, que total o parcialmente ha perdido lo que disponía antes de ser sometido a pena privativa de libertad.

(p. 62)

Es decir, con la rehabilitación la persona que se encuentra dentro de un centro penitenciario, va a tener una actitud positiva con una conducta adecuada y aceptada por la sociedad, tal como era antes de la comisión del acto delictivo. (Colque, 2020, p. 62)

Si bien, conforme a nuestro Código Penal, la rehabilitación es concedida automáticamente a quien ha cumplido la pena que le fue impuesta, tal como describe su artículo 69° “El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite, cuando además haya cancelado el íntegro de la reparación civil”, debe tenerse presente que esta rehabilitación solo es ilusoria, dado que en la reclusión de interno no se ha logrado realmente reeducarlo, este último, que como hemos visto, se ve afectando por las consecuencias producidas por el sistema de pena aplicable al concurso real, lo que desencadena también en una afectación de la rehabilitación.



4.4.7. La reincorporación o reinserción

En palabras de Colque (2020), este elemento implica incorporar nuevamente a la persona privada de libertad a la sociedad, sin embargo, no hay que olvidar que antes de ingresar al establecimiento penitenciario, este ya estaba incorporado en la sociedad, y que dejó de estarlo por estar en prisión.

Es así que, “la reincorporación requiere de cuatro etapas fundamentales:

a) Fase Explosiva, en la que la persona se encuentra entusiasmada por recuperar su libertad;

b) Fase depresiva, donde la persona trata de adaptarse con cierto grado de dificultad a la sociedad;

c) Fase alternativa, consiste en el enfrentamiento a una sociedad que lo rechaza, enfrentándose a dos opciones, la de reincorporarse a la sociedad o la de volver a la vida criminal;

d) Fase de fijación, consiste cuando la persona logra adaptarse a su medio sociocultural, teniendo una vida normal. De esta clasificación presentada, el Estado Peruano como ente tutelar de sus ciudadanos, no cumple con los pactos o tratado de los cuales es miembro, por lo que esta fase alternativa, muchos penados retornan a la vida criminal.” (p. 20)

De las etapas descritas, se puede advertir que el éxito de la reincorporación del condenado a la sociedad, dependerá mucho de lo realizado en el aspecto reeducativo como finalidad de la pena, en tal sentido, podemos señalar que una deficiente actuación reeducativa, no permitirá la reincorporación de quien ha cumplido condena.



Muestra de lo último afirmado, son las conclusiones a las que se han arribado en la investigación realizada por Romero (2019) respecto a la “Readaptación y reincorporación de los internos del pabellón de máxima seguridad del establecimiento penitenciario de varones II – El Milagro: 2018”, dentro de las cuales se describe:

“(…) **6.** El 61 % de los internos del Pabellón máxima seguridad del Establecimiento Penitenciario de Varones II - El Milagro, consideran que nunca reciben capacitación laboral, esta situación se empeora debido a que la mayoría de los presos no tiene oficio ni estudio, favoreciendo la reincidencia en la criminalidad. (...) **10.** El 73 % de los internos del Pabellón máxima seguridad del Establecimiento Penitenciario de Varones II - El Milagro, opinaron que nunca encontrarán oportunidades laborales, situación que contribuye en su reincidencia en la criminalidad. **11.** El 73 % de los internos del Pabellón máxima seguridad del Establecimiento Penitenciario de Varones II - El Milagro, opinaron que nunca reciben inclusión social, más por el contrario son víctimas de exclusión social.” (p. 77)

A partir de lo esgrimido, puede señalarse que las consecuencias producidas por el sistema de acumulación o sumatoria de penas, afecta los fines del régimen penitenciario adoptados constitucionalmente y las funciones de la pena descritas por el Código Penal.

4.4.8. Procesos judiciales

Muestra de la afectación que se da los principios constitucionales como componentes de la pena en función a la extensión de la pena que provoca la sumatoria de penas, podemos presentar las condenas emitidas en los expedientes N° 00116-2019-13-2112-JR-PE-01 y N° 03761-2018-68-20101-JR-PE-03.



Expediente N° 00116-2019-13-2112-JR-PE-01	
CORTE	Corte Superior de Justicia de Puno
JUZGADO	Juzgado Penal Unipersonal – Sandia
CONDENADO	Benito Carhualloclo Quispe
DELITO 1	Homicidio Simple
PENA DELITO 1	20 años
DELITO 2	Porte y Uso de Armas de Fuego
PENA DELITO 2	10 años
TOTAL PENA	30 años

Como puede advertirse de los datos proporcionado, se han sumado la pena de dos delitos, haciendo un total de tres delitos; no obstante revisado las comisión de los delitos cuya pena se ha sumado, se advierte que el delito de porte y uso de armas de fuego, no resulta de la misma gravedad que el delito de homicidio simple, por cuanto, el primero ha servido para la comisión del delito; sin embargo, si lo que se presente con la sumatoria de penas es la agravación, en el presente caso se ha logrado, no obstante, tal no signifique que se logre resocializar de un forma más adecuada que se hubiera hechos si la pena del segundo delito se absorbía a la pena del primer delito.

Expediente N° 03761-2018-68-20101-JR-PE-03	
CORTE	Corte Superior de Justicia de Puno
JUZGADO	1° Juzgado Penal Unipersonal - Puno
CONDENADO	Wilson Ordoño Ponce
DELITO 1	Lesiones Culposas
DELITO 2	Omisión de Socorro y Exposición al Peligro, en concurso ideal con Fuga del Lugar del Accidente de Transito
PENA DELITO 1	04 años
PENA DELITO 2	06 meses
TOTAL PENA	04 años y 06 meses



De este segundo cuadro, lo que se puede advertir, es que acumular la pena del segundo delito ha hecho que la pena se agrave por 06 meses, periodo que para quienes consideren la agravación de penas como solución a la criminalidad, deberá ser de evaluación si realmente permita lograr los fines de la pena.

En ambos casos, como se ha dado a entender, la acumular la pena del segundo delito, no causa mayor efecto teniendo presente la finalidad de la pena, es decir resocializar al penado, situación que sería distinta si el fin de la pena fuera solo retributiva, no obstante, al ser preventiva, la extensión de la pena no lograr los cometidos de la misma.



V. CONCLUSIONES

El actual tratamiento legislativo referente al sistema de pena aplicable al concurso real de delitos estipulado en el artículo 50° del Código Penal afecta los principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación plasmados en la norma constitucional a través de su artículo 139° inciso 22, dado que los efectos producidos por el sistema sumatorio de penas instaurado con la modificación hecha mediante la Ley N° 28730, dificultan la efectivización de la finalidad de la pena reconocida constitucionalmente, que a su vez difiere de la teoría de la pena desprendida a través de la referida Ley.

La razón esencial que conllevó a adoptar el sistema de sumatoria de penas es pretender contrarrestar la criminalidad a través de la agravación de penas; misma que responde a lo que ha sido denominado por los parlamentarios como “el clamor ciudadano”, configurándose este último como ha sido expuesto en la discusión, un argumento demagógico.

Existe disparidad entre la finalidad de la pena postulada por nuestro ordenamiento jurídico, respecto de la finalidad que pretende la sumatoria de penas como sistema de pena aplicable en caso de concurso real de delitos; dado que dentro de la teoría de la pena, nuestro ordenamiento jurídico adoptó la teoría de la prevención especial positiva para la pena, en tanto la resocialización constituye el fin del régimen penitenciario reconocido constitucionalmente a través de sus tres elementos que lo componen, como son la reeducación, rehabilitación y reincorporación; mientras que, el sistema de pena aplicable en caso de concurso real de delitos, al sumar las penas, se encuadra dentro de la teoría retribucionista, denotándose así una finalidad dispar entre ambas dentro de la teoría de la pena.



La acumulación o sumatoria de penas, como sistema de penas aplicable al concurso real de delitos adoptado por nuestro ordenamiento jurídico tiene como efectos, el hacinamiento penitenciario y gasto público, aspectos que afectan la reeducación, rehabilitación y reincorporación como componentes de la resocialización reconocida constitucionalmente, en tanto la extensión de las pena producto de la sumatoria como sistema aplicable es la que produce dichos efectos.



VI. RECOMENDACIONES

Se recomienda al poder legislativo de nuestro país, instar proyectos de ley de carácter jurídico sustentados en argumentos objetivos y sustentados técnicamente, y no optar por argumentos demagógico con fines políticos o de otra índole.

Deber darse mayor énfasis en políticas que permitan hacer efectivo los elementos de la resocialización como función y fin de la pena, en tanto se encuentran reconocidos constitucionalmente; asimismo, que permitan afrontar las consecuencias negativas generadas por la implementación de la acumulación o sumatoria de penas como sistema aplicable en caso de concurso real concurso real retrospectivo de delitos, lo cual comprende a su vez no adoptar posturas legislativas que la agraven.

Evaluar otras medidas para agravar la comisión de delitos en concurso real, como pudiera ser la diferenciación en la aplicación de beneficios sociales, o que tal constituya un agravante para la cuantificación de la pena, sustentado en un análisis técnico y jurídico, teniendo presente la realidad nacional.

Incorporar políticas externas al régimen penitenciario, como pueden ser las vinculadas al empleo, la educación, la mujer, la familia, la juventud, participación ciudadana y otros, a fin de reducir el índice criminal.



VII. REFERENCIAS

- Andréu, J. (s.f.) Las técnicas de análisis de contenido: una revisión actualizada.
<http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2018/02/Andreu.-analisis-de-contenido.-34-pags-pdf.pdf>
- Arias, F. (2012). *El proyecto de investigación. Introducción a la metodología científica*. Editorial Episteme.
- Atienza, M. (1978). *¿Es posible una enseñanza científica en derecho?* El Basilisco.
<https://fgbueno.es/bas/pdf/bas10502.pdf>
- Cancio, M. (2003). *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Madrid, Universidad Autónoma de Madrid.
- Cavada, J. P. *Efectos del agravamiento de las penas frente a la comisión de delitos. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.*
[https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24913/1/Efectos del agravamiento de las penas frente a la comision de delitos.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24913/1/Efectos_del_agravamiento_de_las_penas_frente_a_la_comision_de_delitos.pdf)
- Ceccaldi, P.F. (1963). *Prevención*. Revista Internacional de Política Criminal, ONU.
- Cofre, J. O. (2001). *La dimensión filosófica y moral de la pena.*
[https://www.researchgate.net/publication/294581785 La DIMENSION FILOSOFICA y MORAL de la PENA.](https://www.researchgate.net/publication/294581785_La_DIMENSION_FILOSOFICA_y_MORAL_de_la_PENA)
- Colque, M. A. (2020). *Regulación constitucional como derecho fundamental del condenado a la reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad.* Universidad Privada de Tacna. Escuela de Postgrado.
<https://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12969/1671/Colque-Rospigliosi-Marco.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Comisión de Justicia y Derechos Humanos (2005). *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído sobre proyectos de ley referidos a la modificación del artículo 50 de Código Penal y otros numerales del mismo ordenamiento.* Lima, Archivo Digital de la Legislación del Perú.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos México (s.f.). *Racionalización de la pena de prisión.*
https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160331.pdf
- Congreso de la República del Perú (2006). *Ley N° 28730.*
<https://spij.minjus.gob.pe/Normas/textos/130506T.pdf>



- Corte Suprema de Justicia de la Republica (2009). *Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116*.
https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c9cf3f004075b983b5f9f599ab657107/A_CUERDO_PLENARIO_04-2009-CJ-116_301209.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c9cf3f004075b983b5f9f599ab657107
- Diaz, P. E. y Badilla, M.J. (2004). *El castigo como función social compleja*. Santiago de Chile, Universidad de Chile.
https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107486/diaz_p.pdf?sequence=3.
- Espinoza, M. (s.f.). *Funciones operativas de las normas rectoras de la Ley penal*. Revista Jurídica Cajamarca.
<https://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista13/penal.htm#:~:text=La%20pena%20es%20necesaria%20como,se%20alcanza%20en%20diversas%20fases>
- Fernandez, M., Urteaga, P. y Verona, A. (2015). *Guía de Investigación en derecho*. Vicerrectorado de Investigación PUCP.
- Gonzales, M. T. (2010), *El control social desde la criminología*.
https://dspace.uclv.edu.cu/bitstream/handle/123456789/12302/Control_Social-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Hernandez, R. (2014). *Metodología de la investigación*. Interamericana Editores S.A.
- Iberico, L. (2003). *Proyecto de Ley N° 7103-2003/CR*. Lima, Archivo Digital de la Legislación del Perú
- Instituto Nacional Penitenciario (15 de agosto del 2022). Reportes estadísticos, población penal. <https://www.inpe.gob.pe/estad%C3%ADstica1.html>
- Irrazabal, G. (2012). *La concepción de la pena en el magisterio actual*.
https://www.researchgate.net/publication/262633713_La_concepcion_de_la_pena_en_el_magisterio_actual.
- Jaimes, S. (2003). *Proyecto de Ley N° 8498-2003/CR*. Lima, Archivo Digital de la Legislación del Perú.
- Lesch, H. H. (1999). *La función de la pena*. Madrid, Editorial Dykinson
- Llorca, J. (1996). *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*. Valencia, ed. Tirant lo Blanch.



- Lopez, J. (18 de agosto del 2022). *La actualidad de la Filosofía del derecho de Hegel*.
<https://www.uv.es/CEFD/1/Lopez.html>.
- Martí L. F. (20 de setiembre del 2022). *La dignidad humana en Kant*.
<https://www.ipade.mx/2021/07/21/la-dignidad-humana-en-kant/>.
- Martínez, D. (20 de setiembre del 2022). *La Ley es la Ley. ¡Pero no hay derecho! Las múltiples y complejas relaciones entre el derecho, la moral y la justicia*.
https://campus.uoc.edu/annotation/f2da0670e6da64c410052afda777989b/803864/PID_00279264/PID_00279264.html.
- Meini, I. (2013), *La pena: función y presupuestos*. Revista Derecho PUCP (141-167).
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32497.pdf>
- Mir, S. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona, Ed. Reppertor
- Montoya Y. (2008). *Reeducación, rehabilitación y reincorporación social del penal*. La Constitución Comentado. Análisis Artículo por Artículo. Tomo II. Lima: Grijley (634-643).
- Nunez, D. (2003). *Proyecto de Ley N° 8828-2003/CR*. Lima, Archivo Digital de la Legislación del Perú.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2014). Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones. Nueva York, Naciones Unidas.
https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HBonOvercrowding/UNODC_HB_on_Overcrowding_ESP_web.pdf
- Orts, E. y Gonzales, J. (2019). *Compendio de Derecho Penal*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch.
- Peralta, M. y Contreras, L. (2018). *Hipótesis infraccional del artículo 5° inciso 2° de la Ley N° 16.282 y la alteración del precio en el Código Penal Chileno*. Universidad de Chile.
<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/168109/Hip%C3%B3tesis-infraccional-del-art%C3%ADculo-5%C2%B0-inciso-2%C2%B0-de-la-ley-N%C2%B0-16.282-y-la-alteraci%C3%B3n-del-precio-en-el-c%C3%B3digo-penal-chileno.pdf?sequence=1>
- Plascencia, R. (2004). *Teoría del delito*. Mexico D.F., Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/16.pdf>



- Pluralidad de delitos o concurso de delitos (s.f.) <https://filadd.com/doc/reglas-de-determinacion-de-las-penas-doc-derecho>
- Pontificia Universidad Católica del Perú.
https://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/10202120/GUIA-DE-INVESTIGACION-EN-DERECHO_D.pdf
- Prieto, A. (s.f.). *La teoría de los fines de la pena de Luigi Ferrajoli*. <https://ficip.es/wp-content/uploads/Prieto-Morera-Agust%C3%ADn-Fines-de-la-pena.pdf>
- Ramos, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Gaceta Jurídica.
- Risco, J.L. (2003). *Proyecto de Ley N° 7103-2003/CR*. Lima, Archivo Digital de la Legislación del Perú.
- Rodríguez, J. (s.f.). *Principio de resocialización y la inhabilitación permanente*. Boletín anticorrupción y justicia penal. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Boletin-FEBRERO-IDEHPUCP-6-11.pdf>
- Romero, R. (2018). *Readaptación y reincorporación de los internos del pabellón máxima seguridad del establecimiento penitenciario de varones II – El Milagro: 2018*. Universidad Nacional de Trujillo. <https://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/16801/ROMERO%20GARCIA%20-%20TS%20-%20EDITADA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sanz, A.J. (1986). *El concurso de delitos*. Valladolid, Universidad de Valladolid.
- Sanz, A.J. (1994). *Concurso de delitos y pluralidad de procesos*. España, Revista Jurídica de Asturias.
- Tribunal Constitucional (2003). *STC Expediente N° 803-2003-HC/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00803-2003-HC.html>
- Urias, J. (2001). *El valor constitucional del mandato de resocialización*. Revista Española de Derecho Constitucional N° 63 (43-78).
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2005), *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (s.f.). *Teoría del delito. Unidad y Pluralidad de Delitos*. https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6921/mod_resource/content/1/Zaffaroni%20Tratado%20DP%20PG%20-%20Unidad%20y%20pluralidad%20de%20delitos.pdf



Zugaldia J. M. (2010). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. El concurso de delitos. Valencia, ed. Tirant lo Blanch.



ANEXOS

Anexo A

CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ley que modifica el artículo VIII del Título Preliminar y los artículos 50 y 51 del Código Penal y adiciona un párrafo a su artículo 69

LEY N° 28730

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR Y LOS ARTÍCULOS 50 Y 51 DEL CÓDIGO PENAL Y ADICIONA UN PÁRRAFO A SU ARTÍCULO 69

Artículo 1.- Modificación del artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal

Modifícase el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

"Artículo VIII.- Proporcionalidad de las sanciones

La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes."

Artículo 2.- Adición de un párrafo final al artículo 69 del Código Penal

Adiciónase un párrafo final al artículo 69 del Código Penal, con el siguiente tenor:

"Artículo 69.- Rehabilitación automática

El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite.

La rehabilitación produce los efectos siguientes:

1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,

2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena."

Artículo 3.- Modificación de los artículos 50 y 51 del Código Penal

Modifícanse los artículos 50 y 51 del Código Penal, cuyos textos en lo sucesivo serán los siguientes:

"Artículo 50.- Concurso real de delitos

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.

Artículo 51.- Concurso real retrospectivo

Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo



del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito."

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veinte días del mes de abril de dos mil seis.

MARCIAL AYAIPOMA ALVARADO
Presidente del Congreso de la República

FAUSTO ALVARADO DODERO
Primer Vicepresidente del
Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los doce días del mes de mayo del año dos mil seis.

DAVID WAISMAN RJAVINSTHI
Segundo Vicepresidente de la República
Encargado del Despacho de la
Presidencia de la República

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente del Consejo de Ministros



Anexo B

CO ESTUDIO AL SISTEMA DE PENA APLICABLE AL CONCURSO REAL Y SU AFECTACION A LOS PRINCIPIOS DE REEDUCACIÓN, REHABILITACIÓN Y REINCORPORACIÓN DEL PENADO	
FICHA DE ANALISIS DE CONTENIDO	
UNIDAD DE ANALISIS	
DESCRIPCIÓN DE CONTENIDO	
ANALISIS	