

Informe de Investigación

TÍTULO: LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL

Rama del Derecho: Derecho Penal	Descriptor: Criminología
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Reincidencia, definiciones, teorías, historia
Fuentes: Doctrina Normativa Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 04/10

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	2
2. DOCTRINA.....	2
Definiciones de la reincidencia.....	2
Tipos de reincidencia.....	5
a. Genérica.....	5
b. Específica	5
c. Real	5
d. Ficta	5
Primeras teorías sobre la reincidencia.....	6
Institucionalización de la reincidencia en el ordenamiento jurídico costarricense.....	9
En el Código General de 1841.....	9
En el Código Penal de 1880.....	10
En el Código Penal de 1924.....	12
En el Código Penal de 1940.....	13
En el Código Penal de 1970	15
Concepto de reincidencia desde el punto de vista de la criminología.....	17
Reincidencia como límite a la aplicación de mecanismos de solución alterna de conflictos. Práctica ilegítima.....	18
3. NORMATIVA.....	20
Código Penal.....	20
4. JURISPRUDENCIA.....	21
Calidad de reincidente por delitos similares puede ser valorada para la fijación de la pena. Análisis sobre roces constitucionales.....	22
Reincidencia como parámetro válido para dimensionar el reproche.....	26
Distinción con la figura del Concurso Real Retrospectivo.....	28
Consideración de la reincidencia no es contraria a los principios de igualdad, culpabilidad, debido proceso y non bis in ídem.....	29

1. RESUMEN

El presente informe de investigación desarrolla el instituto de la reincidencia, sus distintas concepciones, fundamentos y efectos en el Derecho Penal, así como la justificación de su polémica aplicación, para ello se cita, además de doctrina, la normativa vigente que la regula, así como extractos de sentencias que exponen el desarrollo jurisprudencial costarricense en la interpretación y delimitación de dicha figura.

2. DOCTRINA

Definiciones de la reincidencia

[VEGA QUESADA]¹

“La reincidencia puede verse desde dos acepciones: desde un punto de vista jurídico, desde el cual suele definirse ésta, como la recaída en el delito, pero el concepto natural no concuerda con el concepto jurídico. Solamente se puede hablar de reincidencia cuando la recaída tiene ciertas características, que se refieren a la naturaleza del delito y a su punibilidad.

En su acepción criminológica se utiliza el término recidivismo, o recidiva -acuñado en el III Congreso Internacional de Criminología -definición uniforme para las diferentes clases de recaída en el delito, encerrando tanto reincidencia como habitualidad y reiteración.

En Costa Rica, se ha dicho que en sentido amplio sobre este fenómeno y como parte de los fenómenos de recidivismo que analiza la criminología que, "tan importante es la sociedad misma como co-responsable por la conducta reprochable de sus miembros pues aquellos están



influenciados por sus elementos perniciosos (factores exógenos al delito) , así como también es importante el estudio del sujeto ser individual, único; en el cual, factores de naturaleza endógena, le permitieron mayor proclividad a la influencia del medio social".

Distintos autores que han tratado el tema han dado aproximaciones al respecto, Santiago Mir Puig ha definido la reincidencia como "comisión de una infracción penal por parte de quien con anterioridad a la misma, ha sido condenado por otra infracción".

Bergalli, afirma que la reincidencia es un concepto netamente jurídico y parte de la idea de que los elementos para la conformación del instituto únicamente emergen de la ley penal. Por lo tanto, es un concepto puramente objetivo, "el individuo de sí, nada puede aportar salvo exhibir sus precedentes cuando el derecho positivo así lo exija".

Zaffaroni, por su parte, opta por no definir reincidencia sino, estudiar su objeto, señalando que la reincidencia se ocupa de los problemas de aquellas disposiciones legales que hacen derivar consecuencias más graves del hecho (que habilitan mayor poder punitivo), en razón de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito.

Otros, en cambio, no solo dan una noción jurídica, sino que ahondan en el problema que hay tras este fenómeno; así por ejemplo, el siguiente aporte con el cual se coincide, va más allá del aspecto jurídico:

"Reincidencia es insistir en el delito o volver a delinquir bajo ciertos requisitos establecidos en un cuerpo legal (...) en definitiva, el problema de la reincidencia es mucho mas profundo que la mera repetición de delitos. En realidad, se trata de un problema social de abusos de injusticias sobre los mas débiles que dificilmente pueden ser erradicados por y desde el derecho penal".

De ahí, que haya surgido discusión respecto de quién es reincidente, ya que algunos sostienen que lo es el reiterante que comete un delito nuevo después de una sentencia definitiva. Para otro sector -mayoritario- es reincidente quien comete un delito después de sufrir una sentencia condenatoria; se exige con ello que efectivamente se haya cumplido la pena..

Mir Puig, señala que el reincidente es sujeto pasivo de reprobación personal por una infracción, no sólo jurídica sino también familiar y social; esto, constituye una causa de mayor desvalor de la nueva recaída. Sin embargo, el mismo autor indica que tal argumento es insuficiente ya que "tal idea posee un carácter moralizante impropio del derecho penal actual".

En ocasiones, se utilizan como similares, más estos conceptos se distinguen entre sí por aspectos específicos. La doctrina y los cuerpos legales los han definido así:

La reiteración -como género- abarca varios institutos diferentes entre sí, caracterizados por la pluralidad de condenas. Autores como Bergalli y Mir Puig la caracterizan por requerir que el castigo o condena haya sido ejecutado. Mientras que Donna e Iuvaro, por ejemplo, consideran que hay reiteración cuando se cometen varios delitos sin que medie sentencia condenatoria firme. Por consiguiente, en criterio de los primeros, para que haya reincidencia únicamente se requiere condena precedente como elemento constitutivo; es indiferente que la condenatoria esté seguida o no del cumplimiento efectivo de la misma.

Por otra parte, se distingue respecto de la habitualidad, en donde coinciden los autores en que ésta exige que la repetición de delitos incorpore una costumbre al modo de actuar del sujeto y en ello se diferencia de la simple reincidencia."



Tipos de reincidencia

[VEGA QUESADA]²

“A nivel de doctrinal y normativo, se han hecho clasificaciones de la reincidencia en genérica, específica, real o ficta.

a. Genérica

Aquella que se produce cuando los delitos cuya reiteración se presupone, pueden ser de distinta naturaleza o especie. O sea, que lo que tutela la llamada reincidencia impropia es cualquier bien jurídico lesionado. Por ejemplo, la concurrencia entre delitos dolosos y culposos, o entre delitos contra la integridad física de las personas y contra el patrimonio, cuyas naturalezas les da características propias que los distinguen.

b. Específica

Por el contrario, será reincidencia específica cuando debe tratarse de delitos de la misma especie, requiere identidad o similitud entre delitos. También se le ha denominado reincidencia propia, por lesionar bienes jurídicos de la misma especie.

c. Real

Cuando se exige que el sujeto haya cumplido efectivamente la pena anterior. Entendiéndose por ello que haya sufrido al menos una parte de la condena privado de su libertad.

d. Ficta

Es aquella que no requiere el cumplimiento efectivo de la condena. Basta con que haya sido condenado formalmente a pena privativa de libertad cumplida o no cumplida y posteriormente se le imponga al sujeto una nueva pena.”

Primeras teorías sobre la reincidencia

[RODRÍGUEZ ARAICA]³

“La reincidencia es la principal manifestación de la conducta de recaída en el delito, terminología esta última que compartimos con BERGALLI, en tanto pretende englobar no sólo la figura que en éste apartado analizaremos la reincidencia, sino además otras formas de carácter derivado de esta primera, en que sus connotaciones particulares, más de índole jurídico son de tipo criminológico y que profundizaremos en el capítulo siguiente, nos referimos a los fenómenos de la Habitualidad y la Profesionalidad.

La posición dogmático-jurídica extraída de la reincidencia resultará de suyo importante para su posterior análisis como fenómeno criminológico, pues es desde aquella primera perspectiva que se parte en la realidad para su ulterior tratamiento a nivel de la Criminología.

Con el ánimo de hacer una inicial delimitación sobre el fenómeno que tratamos es preciso intentar un primer acercamiento al objeto de nuestro estudio.

Preliminarmente entenderemos por reincidencia, según se ' deriva de su raíz etimológica (del latín "recidere" que significa "recaer"), toda situación en que se encuentra un individuo que ha cometido un primer delito y posteriormente comete otro. Esta sería una acepción en sentido lato, en tanto no recoge las particularidades que jurídicamente la figura de la reincidencia implica. No obstante, esta noción preliminar nos permite ir conformando lo que los diversos ordenamientos jurídicos han tenido por tal, lo cual proporciona, como una primera característica, la relatividad de la definición del término reincidencia.

Cabe señalar que la evolución histórica de la figura de la reincidencia en los regímenes jurídicos corresponde más al desarrollo de sus efectos en el ámbito jurídico, que al de su conceptualización.

Si bien no se conoce un tratamiento profundo de la reincidencia en el Derecho antiguo, algunos de sus efectos se daban sin que existiera clara definición del fenómeno que los comprendía. Se dice que el problema de la reincidencia en aquellos momentos era de carácter excepcional, convirtiéndose en uno de relativa novedad a partir de la reconceptualización del propio ius puniendi que hiciera la Escuela Clásica.

Esta situación en las ordenamientos jurídicos antiguos resulta a todas luces comprensible, si partimos de que para entonces la vivencia de la recaída en el delito dentro de una sociedad determinada era relativamente escasa, en el entendido de que los supuestos tácticos para que la misma se diera, resultaban para entonces casi imposibles. Recordemos al respecto que la pena de muerte se constituía como una de las formas más generalizadas de reacción punitiva, lo que evidentemente reduce a un mínimo las situaciones delictivas en que la recaída pudiera ser posible. (...)

Partiendo de una primera premisa acerca de la naturaleza del instituto en examen, hemos de señalar que la Reincidencia es un concepto eminentemente jurídico, que si bien tiene su fundamento en una realidad táctica (un individuo con una actividad delictiva plural), se abstrae de su sustento de hecho para asumir connotaciones que son atribuidas en forma exclusiva por la norma penal. Estamos en presencia de un claro ejemplo del nexo de imputabilidad atributiva, que distingue a la relación de hecho y consecuencia jurídica, de la relación causa y efecto de las leyes naturales.

Al respecto BERGALLI afirma "...los elementos para la conformación del instituto únicamente emergen de la ley penal. Por lo tanto es un concepto puramente objetivo; el individuo, de sí, nada puede aportar salvo exhibir en sus precedentes cuanto el derecho positivo exija según la concepción adoptada."

La primera en cuestionarse el instituto fue la Escuela Clásica, que en realidad se ve como la precursora de lo que es hoy nuestro Derecho penal. Bajo los principios de legalidad y de la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el delito y la pena, las posiciones que en torno a la Reincidencia se gestaron fueron sumamente variadas, por no decir personalizadas, según el exponente.

En un primer sentido se entendió que el problema de la Reincidencia había que verlo como un factor neutro en cuanto a la penalidad, en tanto según el principio de legalidad y de estricta proporción de la pena con la culpabilidad del hecho, el antecedente de un delito cometido y sancionado no podía afectar la penalidad del nuevo hecho, dado que la culpa del primero ya había sido expiada, no pudiendo recargarse en la nueva pena que se imponía. Al respecto se pronuncian CARMISNANI, MERKEL y TISSOT, exaltando la inviolabilidad del principio del "non bis in idem", postulado básico de la escuela clásica. (...)

Parte CARRARA esencialmente del principio de si la pena ha de estar en estricta proporción al delito y ha de tener como finalidad la expiación de la infracción por parte de su autor, un segundo (o más) hecho delictivo refleja la insuficiencia de tal pena, debiéndose salvar la misma a través de la agravación de la pena que por el nuevo hecho preténdesele imponer.

El criterio de CARRARA como se ve, no se sustenta en la imputabilidad o en la mayor gravedad del nuevo delito cometido, sino estrictamente en la insensibilidad del sujeto a la pena.

Con el advenimiento del positivismo jurídico, la tesis de la reincidencia como agravante se fortalece, fundamentada particularmente en la concepción individualista que dicha corriente plantea.

Sustentada en un elemento que otrora fuera enunciado por FEUERBACH, cual es la "temibilidad", se eleva a principio elemental de la nueva escuela el concepto de "peligrosidad", limitado al ámbito concreto del individuo.

Al adscribirse la peligrosidad a una perspectiva meramente individualista (lejana a posiciones contemporáneas como las que estudian la peligrosidad tanto desde la relación grupo-individuo, como desde la relación comportamiento-ley), se siente la exigencia de responder en forma igualmente individualizada a dicho estado; es cuando encontramos la posición del delincuente peligroso enfermo social, al cual habrá de aplicársele medidas de carácter curativo que le permitan reincorporarse a la sociedad, una vez que sus deficiencias biológicas y psicológicas queden subsanadas.

Nace en este momento una perspectiva bipartita del Derecho penal y de la pena, al surgir las Medidas de Seguridad, como la respuesta a tales estados peligrosos.

Ante la debilidad del argumento peligrosista, y la insuperabilidad de las críticas que se le anteponen, surge la necesidad de justificar, aquello que la norma positiva recoge sin explicaciones, sea la agravante de reincidencia, para procurar un equilibrio entre el ser y el deber ser.

Bajo tales inquietudes surge la teoría psicológica de la culpabilidad, buscando en la intencionalidad del individuo un mayor grado de atribuibilidad psíquica, casi como quien quisiera ponderar la culpabilidad en función de grados, transformando el fundamento de la peligrosidad en el sustento de la culpabilidad de autor, y el derecho penal en uno de "conducción de la vida", al decir de



MEZGER. (...)"

Institucionalización de la reincidencia en el ordenamiento jurídico costarricense

[RODRÍGUEZ ARAICA]⁴

En el Código General de 1841

"Este cuerpo legal fue sumamente amplio en cuanto a la regulación de la reincidencia.

Recoge en primer término tanto la denominada reincidencia específica como la genérica, refiriéndose a la primera cuando el nuevo delito cometido estaba comprendido dentro del mismo título del primero, aún cuando hubiere sido indultado por éste.

La reincidencia genérica se establece para el caso de que el individuo hallándose en fuga cometiere otro delito, aunque no fuere de la misma especie del primero, llegándosele incluso a imponer la pena de muerte. Los supuestos para agravar la pena a tal extremo eran cuando el cómputo de las penas por reagravación diera un número mayor de treinta años, o esta correspondiera a la pena máxima del nuevo delito.(...)

Llama la atención la especial referencia en torno a la circunstancia de que tal efecto agravante será tomado en cuenta cuando el individuo infractor cometiere un nuevo hecho delictivo hallándose en fuga de la condena anterior.

El efecto agravatorio de la pena se evidencia, en forma congruente con el régimen general de imposición de la sanción, de manera gradual, existiendo una escala de sanciones aplicables con arreglo al número de reincidencias en que haya incurrido el individuo. Así, por ejemplo si 1ª pena del cegando delito era indeterminada se le imponía el máximo y si era determinada se le imponía



esta pena, aumentándola en una cuarta parte. Así sucesivamente conforme aumentara el cálculo de reincidencias.

También como parte de esta especial normativa de la figura en análisis, orientada sobre todo en una concepción retributiva de la pena, cuya respuesta a la reincidencia es el aumento en la represión, es importante resaltar la existencia del instituto de la prescripción de la agravante, criterio que evidencia los postulados de la escuela clásica, en cuanto no pretende agravar en forma indefinida la situación del condenado, sino en estricta proporción entre el hecho cometido y la sanción.(...)

De esa forma solo se tomarán en cuenta para efectos de la agravante de reincidencia, aquellos delitos que se cometieran dentro del término que va desde la notificación de la Eentencia ejecutoria hasta pasados dos años de haber cumplido bu condena, o a partir de la comisión del delito dentro de los dos años siguientes a partir del día en que hubiere sido indultado.

De lo anterior se extrae también la solución del legislador al problema de la reincidencia propia y la reincidencia ficta, tomando en consideración tanto una como la otra, siéndole igual que la pena se haya cumplido en forma efectiva o que la misma no se haya sufrido en virtud de haberse conferido el indulto.(...)

Sostiene la legislación, según se puede observar, un criterio formalista en torno a la existencia de reincidencia, en tanto considera tal, de acuerdo a lo que señalara SOLER líneas atrás, solo aquella recaída en el delito, que en vista de ciertas características, referidas a la naturaleza del delito y a su punibilidad, jurídicamente se configura como agravante. Ello pues el presupuesto material del instituto no lo constituye una particular disposición del agente, sino sencillamente la existencia de una sentencia ejecutoria previa a la comisión del nuevo delito.”

En el Código Penal de 1880

“En forma particular el Código hace una distinción, a lo que dedica todo un titulo V de su normativa,

al referirse a las penas en que incurrían los que quebranten las sentencias y los que durante una condena delinquieran de nuevo. Ello en vista de que la evasión y el quebrantamiento de pena eran tratadas en este Código en forma distinta a como se hace en la actualidad.

La normativa de 1880 distingue entre evasión y quebrantamiento dependiendo del sujeto autor; configuran el elemento subjetivo de la primera figura, aquellos individuos, encargados o no de la custodia de presos y detenidos, que facilitaren a estos su fuga reservándose el quebrantamiento como presupuesto de agravación de la pena del individuo que estando recluido se fugara.

Así entonces bajo la óptica del Código de 1880, aquellos que reincidieren en el quebrantamiento de la pena, podían llegar a sufrir como forma agravante de la pena que merecieran por el mismo, la reclusión en celda solitaria por un tiempo prudencial que no excediera de cuatro meses, salvo que se tratara de consuetudinarios en el quebrantamiento (los que lo hubieren verificado por más de dos veces), pudiendo ser encerrados por el tiempo que se juzgara conveniente .(...)

Para el caso de reincidencia en el quebrantamiento de las penas de extrañamiento, confinamiento, destierro, inhabilitación y suspensión de cargo, oficio público, derechos políticos o profesión, la pena se doblaba.

Además del efecto agravatorio de la pena, con las connotaciones enunciadas contempla el Código de 1880 otras consecuencias jurídicas para el supuesto de reincidencia, como son:

- En cuanto al indulto, el mismo no quitaba el carácter de condenado a efectos de computarla.

- En cuanto a la gracia de la conmutación de la pena, no se les concedería la misma a los que habiendo sido indultados de cualquiera de las penas de deportación, presidio en San Lucas o presidio interior mayor, cometieran un nuevo delito que merezca la misma pena.



- No se consideraba causa excluyente del beneficio de rebajo de la pena, siempre y cuando hayan observado una conducta ejemplar y no hayan intentado fugarse del establecimiento.

- La reincidencia interrumpía la prescripción de la acción.

- Se daba la interrupción de la prescripción de la pena al cometerse un nuevo delito.

Como parte del criterio represivo clásico, no peligrosista como se distinguirían legislaciones subsiguientes, el Código de 1880, prevé la prescripción de la reincidencia como agravante, no dando lugar a la configuración de la misma como estado jurídico subjetivo que acompaña al individuo en forma indefinida.”

En el Código Penal de 1924

“Resulta interesante observar como ya en esta regulación se plantea las circunstancias del hábito de delinquir y la propensión a contraerlo, como factores que simbolizan un mayor grado de peligrosidad del agente, debiendo acarrear la agravación de la pena en virtud de dichas condiciones personales.

La alusión a la necesidad de una condena anterior a la comisión de un nuevo hecho delictivo se mantiene como constante sin desprenderse algún tipo de limitación de la misma, de lo que se extrae que se sigue un régimen de reincidencia ficta, independientemente de que la pena sea cumplida o no.(...)

En este sentido vemos como para la reincidencia específica, además de la agravación de la pena, da lugar a una pena accesoria, cual es la caución a partir de la segunda reincidencia, y tratándose de recaída en los delitos de hurto y robo podía ameritar la sujeción a vigilancia especial de la autoridad, la cual se extendía de los seis meses a los cuatro años.



En cuanto a la determinación de la pena, para cuando concurriera la agravante de la reincidencia, mantenía el Código, un sistema similar al anterior, fundamentado en grados.

Al igual que en el Código de 1880 el efecto de la reincidencia solo se aplicaba a aquellos individuos participes en el hecho punible, en quienes convergía la misma.(...)

Probablemente como parte de la influencia de la teoría peligrosista, los efectos agravantes de la situación del condenado por causa de recaída en el delito, se volvieron más drásticos, sobre todo considerando que la nueva normativa regulaba disposiciones ventajosas para el condenado como era la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional.”

En el Código Penal de 1940

“Esta nueva legislación le otorga un carácter especial entra las circunstancias agravantes de la responsabilidad, dedicándole un capítulo exclusivo a la misma.

En igual forma que la normativa anterior, al momento de enunciarse las causas de agravación de la responsabilidad, se recurre a una norma-marco que hace referencia genérica al mayor o menor grado de perversidad del delincuente, lo que nos permite afirmar la preeminencia de los criterios positivistas en la codificación que recién nacía.

Define de la siguiente forma la reincidencia "habrá reincidencia siempre que el condenado en sentencia firme dictada por cualquier tribunal del país, o del extranjero si el hecho es punible en la República, cometiere una nueva infracción.”

El presupuesto material se mantiene siempre presente al hacer referencia a la comisión de una nueva conducta delictiva mediando con anterioridad una condena. Del enunciado, a su vez, se puede extraer la referencia al carácter impropio o ficto de la reincidencia, siendo presupuesto



formal, tan solo la existencia de una sentencia firme, para tener por existente la recaída en el delito.

Llama la atención a este respecto el alto grado de discrecionalidad que se deja al Juzgador a efectos de apreciar los delitos políticos en el cómputo de la reincidencia, cuando ha sido generalmente aceptado en la doctrina, que los mismos no entran en tal consideración.(...)

Por otro lado, al contemplar el Código la existencia de cuasi delitos, la reincidencia en éstos sólo podrá estar determinada por reiteración en esta misma clase de infracciones, dadas las particularidades de estas en cuanto a intencionalidad. Es de suma importancia, en cuanto al efecto agravante de la reincidencia, reconocida bajo las condiciones Anteriormente preestablecidas, el abandono que hace la legislación del sistema gradual de penas, estableciendo de ahora en adelante para su determinación el régimen de penas determinadas con base en mínimos y máximos.

Es importante, por su parte, resaltar la circunstancia particular de la reincidencia específica, que si bien hasta el momento, incluyendo la normativa en análisis, no se encuentra determinada como presupuesto formal de la existencia de reincidencia, dejando el campo ampliado tanto a la genérica como a la específica, no obstante, si mereció especial connotación en cuanto a la atribución de ciertos efectos especiales, así. como en la determinación de penas accesorias.

Introduce una estipulación de suyo interesante en cuanto a la prescripción, que refleja el correccionalista de la pena.(...)

(...) En cuanto la concesión de gracias, el indulto y la rehabilitación por delitos comunes son susceptibles de ser otorgados aquellos en quienes no exceda de una el número de sus reincidencias.(...)

Como importante innovación que aporta la normativa penal de 1941, se encuentra el establecimiento de las medidas de seguridad, que forma parte del movimiento de defensa social y del sistema de doble vía en materia punitiva, atendiendo a la peligrosidad del sujeto en virtud de circunstancias particulares.

El espíritu que inspira estas medidas es efectivamente de defensa social, tanto en el sentido de segregación del individuo peligroso de la sociedad, mediante su internamiento indeterminado en un centro, como su corrección, procurando evitar a su vez que el individuo se encuentre en situaciones donde su presencia pueda ser peligrosa, o pueda dar lugar a su reincidencia, tal el caso de medidas como la prohibición de concurrir a determinados lugares, o la suspensión de sociedades y asociaciones, en este último caso cuando el cargo que desempeñaba el condenado dentro de la misma le hubiere proporcionado los medios para la comisión del hecho punible.(...)

Según se observa, no se comprenden entre los supuestos para acceder a una medida de seguridad, la circunstancia de la recaída en el delito, limitándose particularmente a aquellos individuos que por una particular predisposición psicológica (patológica o adictiva), merezcan de un tratamiento particular.”

En el Código Penal de 1970

"La expresión legislativa de mayor envergadura en la llamada Revolución Penitenciaria se constituyó con la emisión de un nuevo Código Penal, que es el que hasta la fecha se mantiene vigente, operando en el mismo algunas reformas necesarias dados los requerimientos de la constante realidad.(...)

En la materia que nos ocupa, representa la nueva normativa un giro importante en el tratamiento del fenómeno de la recaída en el delito, puesto que además de preverse, como en las disposiciones anteriores, la figura de la reincidencia, toma en consideración también la de la habitualidad y la profesionalidad en la acción criminal. (...)

Este cambio de perspectiva se evidencia en la exposición de motivos del Código, cuando en relación al advenimiento positivo de la habitualidad se señala "Así como la reincidencia se basa sobre todo en la necesidad de agravar la pena correspondiente al segundo delito, buscando exclusivamente un objetivo sancionador, la habitualidad ofrece un cuadro distinto y se fundamenta, como lo afirma Jiménez de Asúa, en un criterio antropológico, como la consecuencia de una acentuada tendencia criminal, que obliga a la sociedad no simplemente a agravar la pena sino a someter al delincuente habitual a medidas de tratamiento..."

Si bien en la explicación sobre las nuevas disposiciones en materia de reincidencia se parte de que sus bases técnicas no fueron modificadas, lo cierto del caso es que si bien se mantiene la constante del presupuesto material de la reincidencia, que reiteradamente hemos señalado, cual es la existencia de una condena anterior, si se observa un cambio en cuanto a los presupuestos formales de la misma a nivel de nuestra legislación, y sobre todo en cuanto a sus efectos en relación a la pena.

Recoge el artículo 39 la figura en estudio de la siguiente manera:

"Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco «e tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición"

Esta distinción en cuanto a la calificación del delito según su culpabilidad, lleva, en criterio de SOLER a una posición excesiva, de forma que es posible la reincidencia entre delito doloso y culposo, pudiendo ser la misma incorrecta.(...)

A este problema le había dado solución la legislación anterior, sin embargo en la presente, y muy probablemente por su arraigado sentido defensivo y de peligrosidad, se prefiera extender la figura a todas las hipótesis posibles de recaída en el delito, viendo en todas ellas el mismo grado de peligrosidad, quedando, como se analizará más adelante, a la jurisprudencia la valoración del

problema para el caso costarricense.

(...) Finiquita el problema de la consideración entre reincidencia propia y reincidencia ficta, manteniéndose, como en las disposiciones antecedentes, la preeminencia de esta última. Ello se justifica, a efectos de solventar situaciones como a las que llevaría la consideración de la reincidencia propia, en el supuesto de condenado prófugo, como también el no considerar reincidente al condenado que por su bajo nivel de peligrosidad y desadaptación social, se le concediera la condena de ejecución condicional."

Concepto de reincidencia desde el punto de vista de la criminología

[NAVARRO CERDAS]⁵

"La reincidencia denuncia, como el síntoma a la enfermedad, la mentira de la función preventiva especial de la pena privativa de la libertad y, a la vez, expresa el uso de la cárcel para amenazar a los potenciales "delincuentes" conteniéndoles para que no estalle su frustración.

Para el Derecho Penal es reincidente "...quien cometa un nuevo delito después de haber sido condenado por sentencia firme...". Reincidencia quiere decir recaer, por eso la criminología la entiende como volver a la prisión.

Según el Anuario Judicial-2005, 1067 personas fueron condenadas teniendo una condena firme anteriormente por otro delito (reincidente), es decir, el 29,4% de los 3628 condenados (100%) en el año 2005. Con este porcentaje caen las pretensiones de algunos juristas de que la pena privativa de la libertad de movimiento, y con ella su Sistema Penitenciario Progresivo, tenga eficacia para lograr sus fines declarados, tanto de prevención de la reincidencia como de prevención de futuros delitos. Por eso:

"El ideal de socialización es un mito, que pretende bajo la suposición del tratamiento científico del delincuente, mantener una institución represiva tras la que se oculta la diferenciación de clases para imponer los valores de una casta."



Entonces, la reincidencia denuncia que la pena privativa de la libertad de movimiento fue incapaz de alterar -por medio de su proceso de resocialización- "... los factores exógenos y endógenos que impulsan al individuo a la criminalidad".

Reincidencia como límite a la aplicación de mecanismos de solución alterna de conflictos. Práctica ilegítima.

[VEGA QUESADA]⁶

"Luego del análisis de la figura de la reincidencia, en el sistema penal costarricense, se tiene que esta se encuentra expresamente regulada en los artículos 39 y 40 del Código Penal y que se trata de un tipo de reincidencia genérica y ficta. Conlleva a una aplicación indiscriminada de ésta, en el sentido de que se utiliza como agravante sin contemplar el tipo de delitos ni el cumplimiento de la condena. Se toma en cuenta para limitar una serie de beneficios o como agravante de la pena, recurriendo a la cohesión social o rehabilitación del delincuente. No obstante, puede concluirse que ninguna de estas teorías es totalmente respetuosa y ajustada a los principios mencionados y que su aplicación se presta para abusos en la intervención estatal sobre ciertas personas que el sistema selecciona anticipadamente.

Se concluye que la reincidencia que se contempla en el Derecho Penal costarricense es una figura de Derecho Penal de autor que no es propio de un modelo cognitivo-garantista, como el costarricense. Es una figura propia de estados autoritarios y de un Derecho Penal de autor, ya que se fija no en el hecho cometido sino, en el sujeto. La reincidencia se utiliza como criterio de agravación de la pena por aspectos de personalidad del imputado -según lo contempla específicamente el artículo 71 del Código Penal vigente- (...)

Al confrontar la reincidencia con los principios que rigen nuestro sistema penal -considerado



garantista- se evidenció cómo se encuentran en abierta contradicción. A pesar de los esfuerzos jurisprudenciales por concordar ésta, con aquellos, especialmente con el principio de culpabilidad, se nota cómo no son compatibles, ya que el fundamento de la reincidencia está dado -tal como se deriva del estudio de las distintas teoría justificativas-, por la personalidad del autor que reiteradamente trasgrede el ordenamiento penal; importa más el sujeto que la acción misma. Esto, es contradictorio con un Derecho Penal de acto, propio de un Estado de Derecho y de un sistema penal cognitivo-garantista como el costarricense.

Si bien, por razones de política criminal, el Estado puede imponer límites, exigir ciertos requisitos y hacer distinciones entre distintos grupos. Estos requisitos límites y restricciones no pueden ser violatorios ni de los principios de culpabilidad, igualdad, "non bis in ídem", lesividad, última ratio y proporcionalidad, que se encuentran consagrados por mandato constitucional e irradian todo el sistema, ni de los postulados del Derecho Penal de acto. El establecer límites y denegar beneficios al reincidente, aun siendo válido por motivos de política criminal, no resulta legítimo, puesto que para ello se recurre a criterios peligrosistas y de Derecho Penal de autor que rebasan la culpabilidad por el acto.

Se constató cómo en la práctica judicial la reincidencia del autor se constituye en un límite para la aplicación de mecanismos de solución alternativa, específicamente la conciliación. No obstante, no se logró determinar que del tenor literal del texto que la regula se estableciera esta limitante, pues de la lectura del artículo 36 del Código Procesal Penal, en relación con el 39 y 40 del Código Penal, no se extrae que los reincidentes no puedan someterse a este instituto, siempre que se den los demás requisitos; esto, ha ocurrido por lo que se considera una interpretación jurisprudencial extensiva e inadecuada en materia penal, en que toda medida que restrinja libertades, debería ser interpretada de manera restrictiva y a favor del imputado y no como ocurre con la remisión al beneficio de ejecución condicional de la pena y a sus requisitos, sin estar contemplados en el numeral que contiene la conciliación.

Se determinó que la exigencia de no reincidencia o primariedad del sujeto, para efectos de

beneficiarse de un acuerdo conciliatorio, es un requisito o límite inválido, que se derivó de la interpretación jurisprudencial, que de manera extensiva y, en perjuicio de los derechos y garantías del imputado, acordó que la exigencia de la ejecución condicional de la pena que se señala en el párrafo primero del numeral 36 de cita era necesaria junto con los demás supuestos que establece el mismo artículo; siendo que de una interpretación literal y lógico semántica, de la norma, se extrae que se trata de supuestos distintos y es innecesaria e indebida su concurrencia.

Finalmente se comprueba la hipótesis formulada en tanto la exigencia de no reincidencia del encartado como requisito indispensable para conciliar es ilegítima, por los siguientes motivos:

a. Porque se le ha dado una interpretación judicial arbitraria -vía jurisprudencial- en que se interpreta extensivamente normativa que debe interpretarse de manera restrictiva por cercenar derechos del imputado, tal y como lo estipula el numeral 2 del Código Procesal Penal.

b. Además, la reincidencia o valoración de los antecedentes penales, constituye un requisito ilegítimo por ser una figura propia de un Derecho Penal de autor , que no podría ser utilizada válidamente sin contrariar los principios del Estado de Derecho que solamente legitima la existencia del Derecho Penal de acto, que excluye la valoración de aspectos sobre la personalidad del autor.”

3. NORMATIVA

Código Penal

ARTÍCULO 39.- Reincidencia y su apreciación.

Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre



que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición.

ARTÍCULO 40.- Habitualidad.

Será declarado delincuente habitual quien después de haber sido condenado en el país o en el extranjero por dos o más delitos dolosos, cometiere otro y se demostrare su inclinación a delinquir. No se tomará en cuenta para la declaración de habitualidad los delitos políticos o fiscales.

(Así reformado este artículo mediante resolución de la Sala Constitucional N° 796-92 de las 14:30 horas del 24 de marzo de 1992, que aclara resolución No. 88-92 de las 11 horas del 17 de enero de 1992.)

ARTÍCULO 41.- Profesionalidad.

Será declarado delincuente profesional quien haya hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir.

(Así reformado este artículo mediante resolución de la Sala Constitucional N° 796-92 de las 14:30 horas del 24 de marzo de 1992, que aclara resolución No. 88-92 de las 11 horas del 17 de enero de 1992.)

4. JURISPRUDENCIA

Calidad de reincidente por delitos similares puede ser valorada para la fijación de la pena. Análisis sobre roces constitucionales.

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁷

"1. [...] Sobre la posibilidad de apreciar la reincidencia en delitos semejantes en la determinación de la pena, esta Sala ha señalado: "...Debe advertirse que la regla contenida en el inciso e) del artículo 71 del Código Penal, atinente a la 'personalidad del partícipe' se traduce en las condiciones personales del sujeto activo: '...en la medida en que hayan influido en la comisión del delito...', de forma que sólo deben valorarse... en la graduación de la pena, los factores de índole personal que contribuyen en la génesis delictiva que se juzga, desde la perspectiva de la función preventivo-especial de la consecuencia prevista en la norma penal, y sin que todos esos factores posean siempre idéntico valor, pues habrían supuestos en que aquellos aspectos subjetivos justifiquen un menor rigor punitivo, y los hay que puedan aconsejar una mayor severidad en la sanción, siempre dentro de los límites penológicos previstos en la ley concreta y en ponderación de los fines de la pena privativa de libertad, dentro de los cuales se tendrá como finalidad esencial la prevención especial positiva, por mandato expreso del artículo 5 párrafo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como de conformidad con los artículos 33 y 40 de la Constitución Política que prohíben cualquier sanción que se presente como cruel o degradante en perjuicio de la dignidad humana, al margen de que deba admitirse que la pena de prisión, en la realidad y aunque esté reconocida en el Ordenamiento jurídico, se presenta como un mecanismo no siempre afortunado en la consecución de aquellos fines. De lo anterior se desprende, entonces, que el respeto al sentido literal posible de la referida fórmula legal contenida en el Código Penal –al principio de legalidad– excluye la posibilidad de evaluar penológicamente circunstancias individuales que no hayan supuesto un aporte a la comisión del delito de que se trate. Ahora bien, en el contexto de la medición de la pena, debe reiterarse que la certificación del Registro Judicial contenedora de antecedentes penales puede considerarse en la individualización judicial de la sanción, únicamente si refleja una particular personalidad del encartado –por su persistente actitud negativa frente a la tutela del bien jurídico puesto en peligro o lesionado– que haya influido en la comisión del delito que se enjuicia, aspecto que justifica un aumento proporcional y razonable del extremo mínimo previsto en la ley... En el presente caso y según la citada certificación del Registro Judicial, el encartado G. había sido condenado con anterioridad por delitos de naturaleza similar: violación de domicilio, dos robos agravados y dos robos simples, sin que tales registros se puedan tener por cancelados, en



atención al artículo 11 de la Ley del Registro y Archivos Judiciales (Ley número 6723): 'El jefe del Registro cancelará los asientos de los convictos, cuando transcurrieren diez años desde el cumplimiento de la condena sin efectuarse nueva inscripción'. Estas condenas previas explican un mayor rigor punitivo, pues evidencian una persistente actitud o disposición reiterada en transgredir normas que tutelan el bien jurídico propiedad e intimidad domiciliaria, pues no debe obviarse que la conducta del imputado fue subsumible en el delito de robo agravado no sólo por el uso de armas durante la sustracción, sino por la fractura de la ventana de la vivienda donde ingresó para apoderarse de los bienes. De este modo, la certificación del Registro Judicial no debe valorarse de modo indiscriminado, cual si cualquier antecedente facultara agravar la pena, sino sólo en la medida en que ese documento refleje cualidades distintivas de la personalidad (la '...personalidad del partícipe...' que refiere el artículo 71 citado) que hayan contribuido en la comisión del concreto delito juzgado. Por esta razón, estos particulares antecedentes judiciales sí permitían al a quo aumentar la pena en dos años respecto del límite inferior previsto en la ley..." (resolución número 77, de 9 de febrero de 2007; en igual sentido, las resoluciones de esta Sala número 1063, de 24 de septiembre de 2008; 1105, de 3 de octubre de 2008; 730, de 11 de agosto de 2006; 872, de 12 de agosto de 2005; 142, de 27 de febrero de 2004; 207, de 12 de marzo de 2004). Este criterio es congruente con pronunciamientos de la Sala Constitucional: "...IV.-

No puede resultar contrario al principio de igualdad, el permitir que un sujeto, ya condenado en sentencia firme, pueda ser calificado como reincidente, al comparársele con un primario, pues no se puede alegar que ambas personas merezcan un trato paritario, dado que no se encuentran en situación de igualdad, el uno ya fue reconocido como culpable con anterioridad, mientras que el otro no ha sido condenado por delito. El principio de igualdad no sólo evita el trato diferente para iguales, sino que reconoce el trato desigual para diferentes. Si objetivamente ambas situaciones -primario y reincidente- son diferentes y con la reincidencia no se faculta una discriminación contraria a la dignidad humana, pues el trato que en definitiva puede dársele al reincidente, es el mismo que eventualmente se le dará al primario, dado que la pena en ambos casos debe fijarse dentro de los límites de la ordinaria señalados para el delito de que se trate, se debe concluir que por sí solo el artículo 39 del Código Penal no es contrario al 33 de la Constitución. En el analizado artículo 39 del Código Penal no se crea discriminación alguna contraria a la dignidad humana. V.-

En el nuevo juicio al reincidente no se le juzgará por el hecho anterior, sobre esos hechos pesa ya el carácter de cosa juzgada. Pero al momento de fijar la sanción correspondiente al nuevo hecho,



se tomará en consideración su calidad de reiterante, ¿contraviene ello lo reglado en los numerales 39, 41 y 42 de la Constitución Política? Si los hechos definitivamente juzgados, no pueden ser válidamente valorados de nuevo, la inconstitucionalidad alegada debe analizarse sólo en relación con la posibilidad de que los antecedentes sean tomados como una circunstancia más, conforme a lo reglado en el artículo 71 inciso e) del ordenamiento represivo de repetida cita, como condición personal del encausado, que eventualmente permita un aumento en la pena. Ya en el pronunciamiento número 88-92 transcrito, la Sala señaló la marcada importancia que la culpabilidad tiene en relación con la responsabilidad penal, e indicó que por la exigencia de la demostración de culpabilidad contenida en el artículo 39 constitucional, sólo en los casos en que se demuestre existe dicha relación, puede acordarse la existencia de un delito y su consiguiente sanción, pero también reconoció que ‘el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tomen en consideración circunstancias personales del sujeto activo, al momento de fijar la pena a descontar’. En esta tesis, la relación de culpabilidad y el grado de culpa con que se actuó en el caso concreto, se constituyen en el principal parámetro a considerar para fijar la pena, pero no en el único, reconociendo con ello que al legislador le resulta imposible señalar —dada la casuística en que se desarrolla el problema delictivo— toda la gama de circunstancias que deben ser analizadas, para individualizar la sanción. La pena tiene asignado un fin rehabilitador (artículo 51 del Código Penal), por ello, su cuantificación no debe excluir la posibilidad de tomar en consideración, además del grado de culpa con que actuó el responsable del hecho y de la gravedad del hecho cometido —importancia del bien jurídico afectado—, las condiciones personales del sujeto directamente relacionadas con su acción, pues ello puede facilitar se encuentre un equilibrio entre el valor concedido al bien jurídico afectado por el delito, en relación con el afectado por el tanto de pena que le corresponde a quien lo realizó. Resulta así indudable que las condiciones personales del sujeto activo, ‘en la medida en que hayan influido en la comisión del delito’, merecen ser tomadas en consideración al fijarse la pena y ello no atenta contra el principio de culpabilidad aceptado constitucionalmente en el artículo 39. VI.- Resta establecer si la reincidencia debe ser excluida de esa ponderación por resultar contraria a los artículos 33, 39, 41 y 42 de la Constitución. Si como ya se apuntó la calificación de reincidencia no conlleva menoscabo a la garantía de igualdad del artículo 33 de la Constitución y por medio de ella no se faculta un irrespeto a la cosa juzgada, pues el hecho no es sometido nuevamente a la discusión jurisdiccional, tampoco la posibilidad de ser tomada en consideración, al fijar la pena a cumplir en el caso concreto, resulta contraria a esas normas constitucionales, ni a las convencionales en las que se garantizan, con igual contenido, los comentados principios. La peligrosidad, en este caso representada por la reincidencia, es una



circunstancia de corrección, a tomar en cuenta al individualizar la pena. La gravedad del hecho y el tanto de culpa con que se actúe, son los principales parámetros a considerar, según ya quedó señalado, pero la reincidencia, como una condición personal del sujeto activo, también desempeña un importante papel correctivo, en la necesaria adecuación de la pena al caso efectivamente ocurrido. Analizado así el planteamiento de la recurrente, el artículo 39 del Código Penal tampoco resulta inconstitucional, ni el inciso e del 71 ibídem.... VIII.-

La alegada inconstitucionalidad del inciso f) del antes citado artículo 71, es manifiestamente improcedente, pues lo que autoriza esa norma es la consideración, al momento de fijar la pena, de la conducta del agente con posterioridad a la comisión del hecho por el que se le juzga. Indudablemente no se está ante el caso de agravación de pena por reincidencia, ni de consideración de antecedentes para fijar la sanción correspondiente al caso, las argumentaciones de la accionante no se avienen al contenido de la norma, por lo que resultan improcedentes al caso y procede declarar sin lugar el recurso en cuanto a este extremo se refiere...” (resolución número 1438, de 2 de junio de 1992 —la cursiva no pertenece al original—). La Sala Constitucional mantiene este mismo planteamiento en su posterior fallo número 2519, de 28 de marzo de 2001, indicando: “...Por otra parte, se reitera lo dicho con anterioridad en el considerando I en cuanto a la reincidencia y peligrosidad como parámetros válidos para fijar la pena dentro de los límites de la norma, y en ese sentido se reiteran los conceptos señalados por esta Sala con anterioridad... Resulta claro entonces que si el Tribunal se limitó a tomar en cuenta los antecedentes penales del imputado para efectos de fijar el monto de la pena, pero dentro de los límites establecidos en el tipo penal, no existe infracción del derecho que le asiste al debido proceso, porque —tal y como se explicó— con dicha actuación no se irrespeta ninguna norma ni principio constitucional...”. En el escrito impugnatorio, la defensa hace una lectura equivocada de la resolución de la Sala Constitucional, número 5746, de 9 de noviembre de 1993. Es cierto que en ella se señala: “ IV.-

El recurrente alega que en la sentencia que lo condenó se tomaron en cuenta sus antecedentes penales, y cita la sentencia n° 88-92. Reitera la Sala, como lo señaló en aquella oportunidad, que la responsabilidad penal se impone en relación al hecho cometido y se relaciona directamente con él para la fijación del tanto de pena a cumplir. Así tener en cuenta antecedentes penales para la fijación de penas, quebranta el debido proceso...”. Sin embargo, el pronunciamiento número 88, de

17 de enero de 1992 — al que remite el anterior— , declaró la inconstitucionalidad de toda aquella medida de seguridad o agravante de la pena que, con fundamento en la reincidencia delictiva, se imponían más allá de los límites de penalidad previstos en la ley para la específica conducta realizada. Por ello, el Tribunal Constitucional refiere en esta resolución: “... la pena debe necesariamente estar limitada, entre otras circunstancias, por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo y en tal razón cualquier principio que pretenda desconocer ese límite deviene en inconstitucional, pero lo anterior no conlleva a estimar que el señalado artículo 71 sea inconstitucional, pues como luego se verá, el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tome en consideración circunstancias personales del sujeto activo, al momento de fijar la pena a descontar... El artículo 71 del Código Penal contiene aspectos relacionados con la personalidad del autor, los que no son contrarios al concepto de culpabilidad y su marco de influencia aceptado en el presente pronunciamiento por la Sala, razón por la que deben mantenerse vigentes y en consecuencia ser tomados en consideración por los jueces al momento de fijar las penas, pues además esas circunstancias sirven también para fijar el grado de culpa con que se actuó... Al resultar inconstitucional el párrafo segundo del artículo 41, en cuanto permite la imposición de una medida de seguridad a un imputable o el aumento de la pena, ‘a juicio del Juez’ y el artículo 78, ello no conlleva a que calificándose al encausado como reincidente o delincuente profesional, esa circunstancia no tenga relevancia alguna al fijar la pena, pues el artículo 71 del Código en comentario permite tomar en consideración al hacer tal fijación, ‘Las demás condiciones personales del sujeto activo ... en la medida en que hayan influido en la comisión del delito’, pero esa calificación no faculta para que al hacerse la fijación pueda traspasarse el máximo de la pena a imponer, según fijación hecha por el legislador para el tipo penal de que se trate, pues la pena debe ser fijada ‘de acuerdo con los límites señalados para cada delito’, según se dispone en el reiteradamente citado artículo 71...” [la cursiva no pertenece al original]. En definitiva, quien impugna yerra en la comprensión de los pronunciamientos constitucionales, toda vez que la calidad de reincidente por delitos similares puede ser valorada dentro de la fijación de la pena prevista por la ley.”

Reincidencia como parámetro válido para dimensionar el reproche

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁸



"I- [...] En cuanto a la fundamentación de la pena, debe señalarse que tampoco le asiste razón al recurrente. Los Juzgadores puntualizan cuáles son las razones que sustentan la fijación en catorce años de prisión, que no corresponden al máximo de pena como se afirma. Consideraron expresamente la violencia con que se desarrolló el ultraje en este caso, no sólo por los golpes propinados por el imputado a la víctima que estaba a su merced dentro del vehículo, sino además la violencia adicional por el empleo de un arma y finalmente que no contento con ultrajarla sexualmente, le dice que si denuncia le quema la casa, aumentando su temor y sentimiento de vejación. Estos elementos son sustento suficiente para la pena impuesta, que resulta adecuada y proporcional a las características del hecho y a la personalidad del imputado, quien en efecto cuenta ya con un antecedente por un delito de violación, cuya pena la cumplió el 28 de abril de 1998 (cfr. certificación de juzgamientos, folio 88), de manera que el juzgamiento aún está vigente, contrario a las manifestaciones del impugnante, elemento que legítimamente se toma en cuenta no para establecer su responsabilidad en el hecho –lo que sería un uso ilegítimo de ese dato-, sino para dimensionar el reproche que corresponde y como parte de sus condiciones personales, lo que es un ejercicio legítimo, según lo ha reconocido la propia instancia constitucional. Al respecto, se ha señalado “[...] Resulta indudable, y como la misma Sala Constitucional lo expuso en ese Voto de comentario, la gravedad del hecho y el tanto de culpa con que se actúe, son los principales parámetros a considerar para fijar la pena, pero la reincidencia, dentro de ese contexto, figura como una condición personal del sujeto activo, y desempeña un importante papel correctivo, en la necesaria adecuación de la pena al caso efectivamente ocurrido. Es cierto, que los hechos que ya han sido juzgados no pueden ser legalmente valorados de nuevo; pero el criterio que expone la Sala Constitucional va en el sentido de indicar que los antecedentes sí pueden ser tomados como una circunstancia más, conforme a lo reglado en el artículo 71 inciso e) del Código Penal, como condición personal del encausado, que eventualmente permita un aumento en la pena. Ya en el pronunciamiento número 88-92, la Sala Constitucional había destacado la marcada importancia que la culpabilidad tiene en relación con la responsabilidad penal, e indicó que por la exigencia de la demostración de culpabilidad contenida en el artículo 39 constitucional, sólo en los casos en que se demuestre existe dicha relación, puede acordarse la existencia de un delito y su consiguiente sanción, pero también reconoció que no se excluye -en un derecho penal de culpabilidad- que las circunstancias personales del sujeto activo "se tomen en consideración...al momento de fijar la pena a descontar. En esta tesis, la relación de culpabilidad y el grado de culpa con que se actuó en el caso concreto, se constituyen en el principal parámetro a considerar para fijar la pena, pero no en el único, reconociendo con ello que al legislador le resulta imposible señalar -dada la casuística



en que se desarrolla el problema delictivo- toda la gama de circunstancias que deben ser analizadas, para individualizar la sanción. La pena tiene asignado un fin rehabilitador (artículo 51 del Código Penal), por ello, su cuantificación no debe excluir la posibilidad de tomar en consideración, además del grado de culpa con que actuó el responsable del hecho y de la gravedad del hecho cometido -importancia del bien jurídico afectado-, las condiciones personales del sujeto directamente relacionadas con su acción, pues ello puede facilitar se encuentre un equilibrio entre el valor concedido al bien jurídico afectado por el delito, en relación con el afectado por el tanto de pena que le corresponde a quien lo realizó. Resulta así indudable que las condiciones personales del sujeto activo, "en la medida en que hayan influido en la comisión del delito", merecen ser tomadas en consideración al fijarse la pena y ello no atenta contra el principio de culpabilidad aceptado constitucionalmente en el artículo 39." Por lo anterior, resulta evidente que el Juzgador no ha incurrido en un actuar equivocado al tomar en cuenta el juzgamiento anterior como una condición personal del imputado para efectos de la fijación de la pena, especialmente porque su individualización queda dentro de los límites mínimo y máximo de la sanción prevista en el tipo penal del artículo 225, por lo que corresponde considerar que la mencionada sentencia cumple con los requisitos exigidos para brindar legitimidad constitucional a la imposición de aquella [...] 405-93 de las 14:35 del 22 de julio de 1993 de esta Sala."

Distinción con la figura del Concurso Real Retrospectivo

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁹

"II.- Para resolver el planteamiento efectuado por Acuña Aguilar, debe precisarse que el concurso real retrospectivo que se invoca como aplicable al caso, "se presenta cuando el sujeto comete un nuevo delito antes de ser condenado por un delito anterior, de modo que al juzgársele por ese segundo hecho **no puede ser calificado de reincidente, ni se podrá recurrir a las reglas de la reincidencia para aplicar la pena, sino que deberán tomarse las reglas del concurso real**, pese a que los hechos hayan sido objeto de diferentes procesos y, consecuentemente, de diferentes sentencias (artículos 22 y 76 del Código Penal)". Por su parte la reincidencia, que funciona como su contraposición "se produce cuando un sujeto comete un nuevo delito después de haber sido condenado por sentencia firme (artículo 39 del Código Penal)"(Resolución de esta Sala Tercera, número 175-F-94 de 9:20 horas de 27 de mayo de 1994). Ambos institutos (concurso real retrospectivo y reincidencia), aluden a la pena a imponer en el caso o casos concretos, en las

sentencias correspondientes, de modo que nada tienen que ver con las medidas alternativas que pueden aplicarse en el proceso penal y las limitaciones que a ellas se impongan. Más bien pareciera que el gestionante pretendía que los asuntos se resolvieran en forma acumulada, pero al no hacerse así, al otorgársele la posibilidad de la reparación integral en el caso ocurrido en 1997, pero resuelto con anterioridad al asunto que aquí nos ocupa (cometido en 1994), no habían transcurridos los 10 años fijados por la ley para cancelar la inscripción respectiva. No sobra decir que al sentenciado se le ha favorecido en dos oportunidades con la reparación integral, (aunque la ley procesal permite sólo una), como el mismo lo reconoce en su libelo, pero ese yerro de los juzgadores, no le crea beneficios para una tercera aplicación de esa medida alternativa. Por lo expuesto, sin lugar a dudas la revisión."

Consideración de la reincidencia no es contraria a los principios de igualdad, culpabilidad, debido proceso y non bis in ídem

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]¹⁰

"Tal y como afirman los consultantes, esta Sala ha señalado en forma reiterada que el legislador constituyente, creó un sistema penal de autor (basado en la culpabilidad), para castigar aquellas conductas que se consideran delictivas, precisamente porque, al lesionar bienes jurídicos de importancia, dañan a terceros, el orden público o la moral. Como se verá, el ciudadano sólo es responsable por lo que hace y no por lo que es, y conforme al principio de tipicidad, sólo puede ser castigado por lo que hace, si esa conducta está previa y claramente descrita en la ley. En síntesis, no toda conducta que dañe la moral, el orden público o a terceros, es susceptible de ser sancionada, sino únicamente aquellas que el legislador ha previsto expresamente en la ley. El artículo 39 de la Constitución es la base del sistema penal costarricense, y es claro -según lo ha interpretado ya esta Sala en su sentencia número 88-92-, que en nuestro medio el sistema penal está basado en criterios de culpabilidad y no de peligrosidad, de tal forma que sólo se es responsable si se es culpable y se es tal en el tanto de culpa con que se haya actuado. Al respecto en lo que interesa se indicó en la sentencia citada:

"El derecho penal de culpabilidad pretende que la responsabilidad penal -como un todo- esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; se es responsable por lo que se hizo

(por la acción) y no por lo que se es. Sancionar al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia. El desconocerle el derecho a cada ser humano de elegir como ser -ateniéndose a las consecuencias legales, por supuesto-, y a otros que no pueden elegir, el ser como son, es ignorar la realidad social y humana y principios básicos de libertad."

Dice el artículo 39 de la Constitución:

"A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad"

Como ya se dijo y se interpretó en la sentencia 88-92 parcialmente transcrita, el constituyente optó por un derecho penal de culpabilidad, de tal forma que la pena está directamente relacionada con el grado de culpa con el que el sujeto actuó, es decir, la sanción será proporcional a la afectación del bien jurídico. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala en esa oportunidad declaró inconstitucionales varias normas del Código Penal por permitir que se fije una respuesta penal en relación con una persona capaz de ser sujeto de responsabilidad penal, sin tomar en consideración el grado de culpabilidad con que actuó, y por permitir se pueda acordar una pena igual a situaciones absolutamente diferentes.

Dispuso expresamente la Sala:

"Xllo.- Al aceptar la inconstitucionalidad de las señaladas normas se acepta que al disponer el constituyente en el artículo 39 de la Constitución Política que "A nadie se le hará sufrir pena sino..."..."mediante la necesaria demostración de culpabilidad", dió a ésta, -a la culpabilidad- un marco de influencia relacionado no sólo con la responsabilidad del sujeto activo, sino en cuanto al tanto de pena que debe descontar por el hecho atribuido, la culpabilidad se constituye así en el límite de la pena, dentro de los extremos señalados por el legislador para cada delito en particular. Si el artículo 78 del Código Penal permite la imposición de penas iguales para casos absolutamente diferentes, pues permite llevar el extremo mayor de la pena al correspondiente de la pena de que se trate, su inconstitucionalidad resulta obvia. En el artículo 111 del código represivo

se fija la pena de prisión correspondiente al homicidio simple en prisión de ocho a quince años y en el 120 ejúsdem, la del aborto en prisión de tres meses a dos años, pero en virtud de lo reglado en el numeral 78 ibídem, ambos extremos superiores se pueden tener -y así lo han estimado numerosos tribunales de la República- como unificados en veinticinco años de prisión, de donde teóricamente hablando se faculta para que en el caso de que dos reincidentes cometan, cada uno de ellos uno de los delitos señalados, se les pueda imponer igual número de años de prisión a descontar, pasando entonces a segundo lugar el grado de culpabilidad con que se actuó y la importancia del bien jurídico lesionado por el hecho. Lo propio ocurre en relación con el artículo 41 en su párrafo segundo, al permitirse la agravación de la pena, a juicio del Juez. Al resultar inconstitucional el párrafo segundo del artículo 41, en cuanto permite la imposición de una medida de seguridad a un imputable o el aumento de la pena, "a juicio del Juez" y el artículo 78, ello no conlleva a que calificándose al encausado como reincidente o delincuente profesional, esa circunstancia no tenga relevancia alguna al fijar la pena, pues el artículo 71 del Código en comentario permite tomar en consideración al hacer tal fijación, "Las demás condiciones personales del sujeto activo ... en la medida en que hayan influido en la comisión del delito", pero esa calificación no faculta para que al hacerse la fijación pueda traspasarse el máximo de la pena a imponer, según fijación hecha por el legislador para el tipo penal de que se trate, pues la pena debe ser fijada "de acuerdo con los límites señalados para cada delito", según se dispone en el reiteradamente citado artículo 71."

Asimismo, en una sentencia posterior, número 1438-92 de las 15:00 horas del dos de junio de 1992, este Tribunal se pronunció sobre la figura de la reincidencia, indicando en lo que interesa:

Ivo.- No puede resultar contrario al principio de igualdad, el permitir que un sujeto, ya condenado en sentencia firme, pueda ser calificado como reincidente, al comparársele con un primario, pues no se puede alegar que ambas personas merezcan un trato paritario, dado que no se encuentran en situación de igualdad, el uno ya fue reconocido como culpable con anterioridad, mientras que el otro no ha sido condenado por delito. El principio de igualdad no sólo evita el trato diferente para iguales, sino que reconoce el trato desigual para diferentes. Si objetivamente ambas situaciones -primario y reincidente- son diferentes y con la reincidencia no se faculta una discriminación contraria a la dignidad humana, pues el trato que en definitiva puede dársele al reincidente, es el



mismo que eventualmente se le dará al primario, dado que la pena en ambos casos debe fijarse dentro de los límites de la ordinaria señalados para el delito de que se trate, se debe concluir que por sí solo el artículo 39 del Código Penal no es contrario al 33 de la Constitución. En el analizado artículo 39 del Código Penal no se crea discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

Vo.- En el nuevo juicio al reincidente no se le juzgará por el hecho anterior, sobre esos hechos pesa ya el carácter de cosa juzgada. Pero al momento de fijar la sanción correspondiente al nuevo hecho, se tomará en consideración su calidad de reiterante, ¿contraviene ello lo reglado en los numerales 39, 41 y 42 de la Constitución Política?. Si los hechos definitivamente juzgados, no pueden ser válidamente valorados de nuevo, la inconstitucionalidad alegada debe analizarse sólo en relación con la posibilidad de que los antecedentes sean tomados como una circunstancia más, conforme a lo reglado en el artículo 71 inciso e) del ordenamiento represivo de repetida cita, como condición personal del encausado, que eventualmente permita un aumento en la pena. Ya en el pronunciamiento número 88-92 transcrito, la Sala señaló la marcada importancia que la culpabilidad tiene en relación con la responsabilidad penal, e indicó que por la exigencia de la demostración de culpabilidad contenida en el artículo 39 constitucional, sólo en los casos en que se demuestre existe dicha relación, puede acordarse la existencia de un delito y su consiguiente sanción, pero también reconoció que "el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tomen en consideración circunstancias personales del sujeto activo, al momento de fijar la pena a descontar". En esta tesis, la relación de culpabilidad y el grado de culpa con que se actuó en el caso concreto, se constituyen en el principal parámetro a considerar para fijar la pena, pero no en el único, reconociendo con ello que al legislador le resulta imposible señalar -dada la casuística en que se desarrolla el problema delictivo- toda la gama de circunstancias que deben ser analizadas, para individualizar la sanción. La pena tiene asignado un fin rehabilitador (artículo 51 del Código Penal), por ello, su cuantificación no debe excluir la posibilidad de tomar en consideración, además del grado de culpa con que actuó el responsable del hecho y de la gravedad del hecho cometido -importancia del bien jurídico afectado-, las condiciones personales del sujeto directamente relacionadas con su acción, pues ello puede facilitar se encuentre un equilibrio entre el valor concedido al bien jurídico afectado por el delito, en relación con el afectado por el tanto de pena que le corresponde a quien lo realizó. Resulta así indudable que las condiciones personales del sujeto activo, "en la medida en que hayan influido en la comisión del delito", merecen ser tomadas en consideración al fijarse la pena y ello no atenta contra el principio de culpabilidad aceptado

constitucionalmente en el artículo 39.

Vlo.- Resta establecer si la reincidencia debe ser excluida de esa ponderación por resultar contraria a los artículos 33, 39, 41 y 42 de la Constitución. Si como ya se apuntó la calificación de reincidencia no conlleva menoscabo a la garantía de igualdad del artículo 33 de la Constitución y por medio de ella no se faculta un irrespeto a la cosa juzgada, pues el hecho no es sometido nuevamente a la discusión jurisdiccional, tampoco la posibilidad de ser tomada en consideración, al fijar la pena a cumplir en el caso concreto, resulta contraria a esas normas constitucionales, ni a las convencionales en las que se garantizan, con igual contenido, los comentados principios. La peligrosidad, en este caso representada por la reincidencia, es una circunstancia de corrección, a tomar en cuenta al individualizar la pena. La gravedad del hecho y el tanto de culpa con que se actúe, son los principales parámetros a considerar, según ya quedó señalado, pero la reincidencia, como una condición personal del sujeto activo, también desempeña un importante papel correctivo, en la necesaria adecuación de la pena al caso efectivamente ocurrido. Analizado así el planteamiento de la recurrente, el artículo 39 del Código Penal tampoco resulta inconstitucional, ni el inciso e del 71 ibídem.

Así, es relevante para el presente pronunciamiento, que en esa oportunidad se consideró que no viola el principio de culpabilidad, ni el de igualdad, así como tampoco el debido proceso y el non bis in ídem tomar en cuenta la personalidad del imputado, por ejemplo, si es primario o reincidente, para efectos de la fijación de la pena, y que por ello las normas cuestionadas en esa oportunidad no violan la Constitución Política. “

Denegatoria de ejecución condicional por condición de reincidente

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]¹¹

"II.- En su recurso por el fondo, señala el recurrente la violación de los artículos 59, 60, 61, 62 y 71 del Código Penal, así como del numeral 11 de la Ley del Registro Judicial de Delincuentes, al no concederse [al imputado] el beneficio de la Condena de Ejecución Condicional con fundamento en que tenía anteriores juzgamientos, pues -según su criterio- sí cumplía con los requisitos para optar

a tal beneficio ya que uno de los hechos por los que fue condenado es culposo y el otro, aunque doloso, ocurrió hace más de diez años, por lo que debió tenerse por inexistente de conformidad con la Ley del Registro Judicial mencionado. Pero tampoco le asiste razón en su reproche, pues es evidente que el sentenciado es reincidente y no cumple con las condiciones señaladas por el artículo 60 ibid para hacerse acreedor a la condena de ejecución condicional reclamada. Como bien lo dice el señor Jefe del Ministerio Público en su escrito de contestación a la correspondiente audiencia, los alcances del artículo 11 de la Ley del Registro y Archivos Judiciales no son los que apunta el impugnante, ya que la cancelación de los asientos no opera cuando quien solicita su certificación es una autoridad judicial y así se hace precisamente para que se cumplan los fines que el Código sustantivo determina con relación a circunstancias como las aquí comentadas."



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 VEGA QUESADA Karol. La reincidencia como limitante a la aplicación del instituto de la conciliación, en el proceso penal costarricense. Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho. San José. Costa Rica. Universidad de Costa Rica. 2009. Pp 90-93.
- 2 VEGA QUESADA Karol. La reincidencia como limitante a la aplicación del instituto de la conciliación, en el proceso penal costarricense. Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho. San José. Costa Rica. Universidad de Costa Rica. 2009. Pp 94-95.
- 3 RODRÍGUEZ ARAICA Kathya. El fenómeno de la reincidencia a partir de la última reforma penitenciaria: Enfoque jurídico – criminológico. Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho. San José. Costa Rica. Universidad de Costa Rica. 1990. Pp 549 - 563.
- 4 RODRÍGUEZ ARAICA Kathya. El fenómeno de la reincidencia a partir de la última reforma penitenciaria: Enfoque jurídico – criminológico. Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho. San José. Costa Rica. Universidad de Costa Rica. 1990. Pp 588-625.
- 5 NAVARRO CERDAS, Sergio. La pena y su forma carcelaria (El problema de la reincidencia en Costa Rica). Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho. San José. Costa Rica. Universidad de Costa Rica Pp 111-112.
- 6 VEGA QUESADA Karol. La reincidencia como limitante a la aplicación del instituto de la conciliación, en el proceso penal costarricense. Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho. San José. Costa Rica. Universidad de Costa Rica. 2009. Pp 218-224.
- 7 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas y diecisiete minutos del veintiséis de junio del dos mil nueve. Res: 2009-00845.
- 8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a diez horas del veintinueve de septiembre de dos mil seis. Res : 2006-00996.
- 9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas veinticinco minutos del once de octubre de dos mil dos. Res: 2002-01015.
- 10 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con cuarenta y dos minutos del nueve de abril del dos mil dos.- Res: 2002-03303.
- 11 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas cinco minutos del treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y uno.- Resolución 384-F-91.