

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"UNIDAD ACATLAN"

LA REINCIDENCIA, TIPIFICACION Y PUNIBILIDAD EN EL
DERECHO PENAL MEXICANO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

B. ARMANDO LOPEZ TERAN

ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1987



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**LA REINCIDENCIA, TIPIFICACION Y PUNIBILIDAD EN EL DERECHO
PENAL MEXICANO**

INDICE GENERAL

INTRODUCCION Y CONCEPTOS..... 3

CAPITULO I

EVOLUCION DEL CONCEPTO DE REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL
MEXICANO..... 22

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federa-
les del 22 de Septiembre de 1929..... 30

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales
en Materia del Fuero Común y para Toda la República
en Materia de Fuero Federal de 13 de Agosto de 1931.. 32

CAPITULO II.

LA TIPIFICACION DE LA REINCIDENCIA Y OTRAS FIGURAS SIMI-
LARES..... 36

La Reincidencia..... 37

El Delincuente Habitual..... 44

El Concurso de Delitos..... 53

CAPÍTULO III

LA PUNIBILIDAD Y LA REINCIDENCIA.....	59
La Pena en el Concurso de Delitos.....	60
La Pena en la Reincidencia.....	64
La Incompatibilidad entre la Agravación de la Pena por la Reincidencia y el Artículo 23 Constitucional.....	69
BALANCE Y CONCLUSIONES.....	82
BIBLIOGRAFIA.....	90

INTRODUCCION Y CONCEPTOS

PROLOGO

En estos últimos tiempos en que se viene dando un cambio totalmente trascendente en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y federal para toda la República, al igual que en diversos códigos punitivos de los Estados que conforman la República Mexicana, entre otros, Guanajuato, Veracruz, Coahuila, Michoacán; cambio que se debe más que nada a los esfuerzos para que dichos ordenamientos respondan a las necesidades imperantes, además de adecuar su contenido a lo preceptuado en la Carta Magna, ya que como ejemplo, el Código Penal para el Distrito Federal, hasta antes de su reforma en el año de 1983, misma que entró en vigor el 12 de abril de 1984, contenía en su artículo 90 la presunción de dolo, violatoria a todas luces de los más elementales principios de derecho natural, pues con ella se afirmaba que aquellos que cometieran un delito eran responsables hasta que probaran lo contrario, con lo cual la presunción contenida en un tratado internacional e implícita en la Constitución en los artículos 14 y 20 de la misma, en los que se establecen las bases del proceso penal, mismo que no tendría razón de ser si se presume que todos los que delinquen son responsables hasta que demuestren lo contrario. Con dicha reforma que es a todas luces plausible se adecuó dicho

Pero revisando dicho ordenamiento legal me percaté que aún -
quedan en algunos artículos resabios de anticonstitucionalidad,
de entre ellos llamó mi atención el artículo 20 que pre-
ve la figura de la reincidencia y el 65 que contiene su pu-
nibilidad y como lo voy a demostrar más adelante, los mismos
son anticonstitucionales ya que no solo se juzga a los pro-
cesados por el delito que hayan cometido, sino se les juzga,
además por lo que son o se considera que son, esto es, como
entes peligrosos para la sociedad, lo que está en contradic-
ción con lo dispuesto por los artículos 14 y 23 constitucio-
nales; no obstante lo anterior el juzgador los aplica; y -
esto es mi inquietud al respecto y la razón de ser, de este
trabajo.

INTRODUCCION Y CONCEPTOS

Me permitiré iniciar este trabajo haciendo algunas consideraciones personales antes de comentar lo relativo a las diversas concepciones que sobre la reincidencia, su tipificación y penalización en nuestro sistema jurídico se han esbozado.

Como es costumbre, durante los estudios a nivel licenciatura se busca presentar al estudioso del Derecho una perspectiva, lo más amplia posible, de lo que es esta disciplina.

En este empeño, se va buscando el demostrar lo complejo del sistema que integra las normas del Derecho que el hombre ha procurado en el devenir de su historia para regular las relaciones que ha entablado con sus semejantes. Así encontramos que este sistema normativo para su estudio y más fácil comprensión se divide en diversas ramas, dependiendo de la finalidad que ellas se han fijado; como en el caso del Derecho Fiscal que se integra por todas aquellas normas que tienen por objeto regular las relaciones entre el Estado como prestador de servicios y recaudador de impuestos y derechos

y el particular, entendido éste como destinatario de los ser vicios públicos y contribuyente en el gasto que aquéllos implican. De esta forma podríamos continuar describiendo los objetos diversos de las ramas del Derecho como el Civil, el Mercantil, el Administrativo o el Internacional, pero bastará asentar que a la disciplina a la luz de la cual se desarrollará este trabajo, esto es, el Derecho Penal, se le ha asignado una de las tareas más importantes a la que se refiere el objeto global del Derecho.

El Derecho tiene como principal objetivo el lograr la convivencia entre los hombres, manteniéndolos unidos por un lazo social. Para la consecución de este fin el Derecho ha ido señalando los bienes que se consideran como fundamentales para preservar la vida social. Es así que surge la reglamentación jurídica y la protección de la propiedad privada como piedra elemental de la vida económica de la sociedad, la reglamentación y protección del matrimonio como base de la familia, entendida ésta como la célula de la sociedad y la protección y tutela de lo más importante de todo este orden de cosas, la vida, la libertad, la integridad y seguridad física del hombre.

Considero, que si bien el Derecho Penal forma parte de todo el conjunto de normas que integran el Derecho, entendiéndolo -

éste como un todo, no se debe descartar la enorme importancia que reviste. Sobre todo debemos tomar en consideración que el Derecho Penal nace con la misión primordial de proteger bienes jurídicos que son fundamentales para lograr la convivencia en sociedad, y que no pueden ser protegidos por otras ramas del Derecho, ya que sus sanciones son drásticas.

Antes de proceder a hacer algunos comentarios de tipo general sobre los conceptos básicos que habrán de servirnos para desarrollar esta tesis, considero conveniente el sentar una premisa fundamental de enorme relevancia para las conclusiones a las que he llegado al terminar este trabajo. Dicha premisa es en el sentido de que se debe de tomar en cuenta - en todo momento que el Derecho Penal no se maneje como una rama independiente del Derecho, como una rama autónoma, sino que, al ser parte de un todo, sus normas, por ende, deben ser coherentes, afines, en el mismo sentido que las normas que integran el todo.

Así, las normas del Derecho Penal deben basar su legitimidad y su sentido en las disposiciones contenidas en la Carta Magna, que da vida jurídica, social y política a nuestro Estado, esto es, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si hablamos del Estado y de su existencia como un ente de De recho, se debe tomar en cuenta, que el sistema jurídico que norma la existencia de dicho ente llamado Estado, tiene una jerarquización de sus normas. Así, de la norma fundamental, que será la que dé vida legítima al Estado, habrán de derivarse normas de carácter secundario que, forzosamente, por su propia naturaleza deben ser paralelas en cuanto a sus fines y medios propuestos con los de la norma primaria.

Este comentario considero conveniente elaborarlo, toda vez que el estudio realizado, y como se señala en el índice de este ensayo, en mi opinión existe alguna incompatibilidad entre la agravación de la pena a los reincidentes cuando esta figura jurídica penal se presenta y los principios señalados en los artículos 23 y 14 constitucionales.

A reserva de que esto será analizado con mayor amplitud en el capítulo correspondiente, me he permitido en esta parte introductoria hacer la primer llamada de atención sobre este problema. Una vez hecha esta aclaración estimo útil el señalar que la ley penal será jurídicamente válida si se ha creado de conformidad con el espíritu y el método indicados por la Constitución, y que, por ende, una ley penal no será jurídicamente obligatoria si llegara a contravenir las disposiciones de la Carta Magna.

Antes de iniciar el desarrollo del primer capítulo, será útil referirnos a las distintas concepciones que se han dado a los elementos fundamentales de este estudio.

Será oportuno, por tanto, definir lo que deberemos entender por reincidencia, por tipificación y por punibilidad. Para efectos metodológicos procuraré no extenderme demasiado en lo relativo a las definiciones de estos conceptos, limitándome únicamente a hacer algunos comentarios a los conceptos realizados por algunos de los penalistas de mayor renombre.

Si comenzamos por analizar lo que deberemos entender por norma penal, encontraremos en un primer término la definición elaborada por el Maestro Porte Petit que nos dice:

"Una norma penal es aquella disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva" (1)

Tomando como base la definición señalada por el Maestro Porte Petit, podríamos anotar que la norma penal se integra por dos partes, la primera se compone por el supuesto, en tanto que la segunda se denomina sanción; en el caso del supuesto, di-

(1) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamiento de la parte general de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. 1ª Edición. México, 1969. Pág. 79.

cho elemento es el encargado de describir la conducta que pretende regular la ley, en tanto que el segundo de los elementos indica las penas que habrán de aplicarse en el caso concreto de que una conducta se adecue al supuesto planteado en la primera parte de la norma.

Así, utilizando la terminología de la definición esbozada en contramos que el supuesto de la norma penal es el tipo, en tanto que la sanción será la punibilidad que se concretará - en una pena o en una medida de seguridad, según se trate de imputables o no.

Esta concepción de la norma jurídica y sus componentes prácticamente es aceptada en forma unánime, aunque algunas tratadistas no se refieren a la norma sino a la Ley Penal. Esto me parece más correcto, ya que en Derecho Penal la norma es lo que se prohíbe u ordena en la descripción legal, por tanto, es un contenido de la Ley Penal. Este equívoco viene de la interpretación que se hace en el libro La Teoría Pública del Derecho a Hans Kelsen, quien se refiere en ocasiones a la norma como sinónimo de ley.

Lamentablemente no se puede decir lo mismo, llegado el caso, de adoptar una definición sobre lo que debemos de entender - por delito, naturalmente desde el punto de vista de la Dogmática Jurídica Penal.

Como se ha resaltado, tratándose de la definición del delito existen infinidad de autores que han tratado de encontrar la definición más adecuada. Para efectos de brevedad me permitiré transcribir las definiciones elaboradas por los maestros Jiménez de Asúa, Cuello Calón e Ignacio Villalobos, dentro de lo que podríamos calificar como nociones jurídico doctrinarias y por otro lado las diversas concepciones que sobre el delito han quedado impresas en nuestros diversos Códigos Penales.

De este modo Jiménez de Asúa define al delito como:

"el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal." (2)

Por su parte Cuello Calón lo concibe como:

"una acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena." (3)

(2) Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. Editorial Sudamericana. 6ª Edición. Buenos Aires, Argentina, 1973. Pág. 207.

(3) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editora Nacional. 9ª Edición. México, 1976. Pág. 257.

Mientras que Ignacio Villalobos lo define como:

"acto humano típicamente antijurídico y culpable" (4)

Sobre estas definiciones apuntaremos que por lo que hace al caso de Jiménez de Asúa, es clara su inclinación por adoptar la teoría heptatómica del delito, la que fundamenta su postura señalando que el mismo se integrará con la presencia de siete elementos fundamentales, ya que de conformidad con la definición adoptada por el tratadista español encontramos como primer elemento de conducta, después viene la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad. Respecto a la definición adoptada por Cuello Calón, cabe destacar que dicho autor se inclina por la teoría tetratómica en la que se señala que el delito se compone de cuatro elementos fundamentales, a saber: la antijuricidad, la tipicidad, la culpabilidad y la punibilidad. Finalmente, tocante a la definición de Ignacio Villalobos tenemos que se refiere a una concepción tritómica del delito.

Pienso que con estas tres muestras palpables de la enorme divergencia que existe al tratar de elaborar una definición que

(4) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa.
2ª Edición. México, 1960. Pág. 202.

sea aceptable para los distintos teóricos del Derecho Penal, se pone de manifiesto lo complicado de la materia.

Así en la doctrina se habla desde el delito como la conjugación de tres elementos fundamentales, que serían en este caso los señalados por Villalobos, hasta llegar a la teoría heptatómica, en la que se considera que el delito para que llegue a configurarse necesita forzosamente de la unión de, cuando menos, seis de los siete elementos que se juzgan como parte integrante del mismo.

Dejando de lado las discusiones doctrinarias que esta materia ha provocado, podríamos ahora hacer algunos breves comentarios sobre las definiciones, que en los tres Códigos Penales Mexicanos que han existido, se han realizado.

En este sentido se podría apuntar que el Código Penal de 1871, al definir el delito, lo calificaba como:

"la infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella manda." (5)

(5) Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871.

De dicha definición formal e interpretando su contenido podemos concluir que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Conducta típica porque se infringe la Ley Penal por medio de una acción, si en ella se contiene una prohibición, o por medio de una omisión si su contenido es un mandato; y la tipicidad deviene de que en la ley se describe una conducta a la cual se adecua un sujeto cuando infringe dicha ley. La antijuricidad proviene de la propia palabra infracción que en sí significa quebrantar una ley. El elemento culpabilidad lo encontramos en la voluntariedad.

Pienso que de todas las definiciones contenidas en nuestros Códigos ésta ha sido la más completa.

En otra perspectiva muy diferente, el Código Penal de 1929, definió el delito como:

"la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal." (6)

En esta definición aparecen como elementos la conducta, antijuricidad, tipicidad y punibilidad. O sea que falta un elemento que es la culpabilidad, lo que no parece raro si consideramos que dicha noción del delito es de corte positivista,

(6) Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929.

y para los seguidores de esta escuela lo que importa es el delincuente, su peligrosidad, y no la culpabilidad por el delito.

Finalmente, el Código de 1931 define al delito como:

"el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (7)

Se ha estimado que esta definición no es del todo adecuada, ya que, como dice Jiménez de Asúa, es tautológica, puesto que decir que algo es delito porque está sancionado con una pena no es ninguna solución porque sabemos que el delito es tal porque se encuentre regulado en un Código Penal; y, aparte de todo, no todos los delitos están contenidos en el mismo, ya que existen las leyes especiales contenidas en otros ordenamientos jurídicos, como el Código Fiscal que también regula las conductas delictivas.

Por otro lado, diversos tratadistas sostienen que la punibilidad no es elemento del delito, sino el resultado del mismo, por lo que estoy de acuerdo, ya que existen conductas típicas antijurídicas y culpables que quedan sin ser punidas, y no por eso se habla de que no existió delito, tal sucede en el

(7) Código Penal para el Distrito Federal de 1931.

caso de los delitos que requieren de querrela previa para su investigación, puesto que si ésta no se presenta nunca serán sancionados, y aquí existe una contradicción de la definición del Código, ya que suponiendo que se cometan el delito de daño en propiedad ajena, que se persigue a petición de parte ofendida, si no hay querrela no habrá punición, no obstante que existe un acto u omisión sancionado por la ley por medio de una punibilidad similar a la del robo.

Así encontramos que, al igual que a su definición, el delito se le han sumado o restado elementos, pudiendo configurársele, en opinión de Porte Petit, desde una concepción bitómica hasta la heptatómica. (8)

Es necesario hacer esta referencia a los elementos que constituyen el delito, debido a que existe una clasificación de los mismos a través de la cual, siguiendo un criterio funcionalista, se dividen en esenciales o constitutivos y accidentales.

De acuerdo con esta clasificación, los elementos del delito, que necesariamente deben estar presentes para que éste se constituya, se denominarán esenciales, en tanto que los otros

(8) Porte Petit Candeudap, Celestino. Op. Cit. Pág. 271.

elementos pueden o no presentarse, sin que su existencia condiciona la del delito, teniendo así una función de mayor peso en lo que se refiere a la gravedad de las penas que llegarán a aplicarse, que a la aparición del mismo delito.

La escuela heptatómica considera que los elementos integrantes del delito, como ya se ha afirmado, son la conducta, la tipicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, la antijuricidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, de éstos, dos representan gran importancia para los efectos de este trabajo: la tipicidad y la punibilidad.

Sobre ambos cabría apuntarse, en una primera instancia, que son considerados como elementos esenciales para la configuración del delito por algunos tratadistas que han escrito sobre la materia, sosteniendo nosotros que la punibilidad no lo es, pero sí es importante para el desarrollo de este trabajo.

Sobre la tipicidad el Maestro Jiménez Huerta señala en su obra:

"El vocablo tipicidad forja y nutre su esencia como la propia voz delata del sustantivo tipi, del latín tipus, que en su acepción trascendente, para el Derecho Penal significa símbolo re-

representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia; lo caracterizado como tipo se unifica y reconoce por el conjunto de sus rasgos fundamentales, típico es todo aquello que influye en la representación de otra cosa y a su vez es emblema o figura de ella." (9)

Por otro lado, el Maestro Porte Petit al analizar el papel - que desempeña la tipicidad apunta que si bien existen dos corrientes que la consideran cada una por su parte, bien como elemento esencial para que se esté en presencia de un delito o como una condición, pero no como elemento propio del delito, en ese sentido plantea algunas de las definiciones que sobre la tipicidad se han elaborado, siendo quizá la más significativa la de Landaburu y la de Fontan Balenstra, quienes la conceptúan como la cualidad o característica de la conducta posible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada por los tipos de la Ley Penal, y como "la descripción que contienen los artículos de la parte especial de los códigos penales, a modo de definición de las conductas prohibidas bajo amenaza de sanción". (10)

(9) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. En *Los* *Portu*
Tomo I. México, 1972. Pág. 23.

(10) Porte Petit... Op. Cit. Pág. 470 y 471

10.

En el primer caso nos encontramos ante la idea de que existen dos aspectos diversos que se complementan, en un primer término una conducta que se refuta como punible, pero que requiere de la existencia previa de una ley o tipo penal en la que se contemple dicha conducta como antijurídica, lo que constituirá el segundo aspecto.

En la segunda definición, Carlos Fontan Balestra conjuga la tipicidad con el tipo, al considerar aquélla como una descripción de conductas, sobre esta afirmación el Maestro Fernando Castellanos ha indicado:

"No debe confundirse al tipo con la tipicidad, el tipo es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto" (11)

Creo que con la definición del Profesor Castellanos queda perfectamente diferenciado lo que es la descripción de una conducta humana a lo señalado en el tipo penal.

A reserva de que en el capítulo correspondiente de este trabajo volveremos a realizar algunos comentarios sobre la tip

(11) Castellanos Tena, Fernando. Elementos Fundamentales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 8ª Edición. México, 1974. Pág. 215.

cidad, en este momento pasaremos a tratar la punibilidad.

Por lo que hace a la punibilidad vale destacar que, en este elemento se presenta una situación similar a la de la tipicidad con el tipo. Es importante, antes que nada, distinguir lo que se entiende por punibilidad y lo que debemos entender por pena.

La punibilidad como la define Pavón Vasconcelos:

"es la amenaza de la pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las - normas jurídicas, dictados para garantizar la - permanencia del orden social" (12)

Por su parte, Jiménez Huerta la explica de la siguiente manera:

"una secuencia lógica-jurídica del juicio de reproche: nulla poena sine culpa" (13)

Al referirse a la punibilidad y a su materialización a través de la pena, Antonio de P. Moreno destaca:

(12) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Porrúa. 3ª Edición. México, 1974. Pág. 49.
(13) Jiménez Huerta. Op. Cit. Pág. 14.

"Todas las ramas del Derecho contemplan conductas contrarias al Derecho, o sea, antijurídicas. Pero solamente son delitos aquellos que la norma penal describe y amenaza con una pena... El Derecho Penal no abarca en su seno todas las conductas injustas y contrarias a Derecho, sino solamente aquellas que por su índole destacadamente antisocial y destructora considera al Estado que deben reprimirse mediante la aplicación de una pena no siempre reparadora del daño, pero sí vindicadora del orden social, de la seguridad social alterados." (14)

Como ya se notaba en algunos de los párrafos anteriores de este ensayo, uno de los elementos que deben de estar presentes para la configuración de una norma penal, es la punibilidad. Pero en este punto considero conveniente dejar clara la distinción entre lo que es la pena en sí y lo que es la punibilidad.

La pena es la privación o restricción de bienes del autor del delito, libertad, pago de la reparación del daño, etc., la pena vendría a ser lo que la tipicidad al tipo, la materia

(14) P. de Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1968. Pág. 32.

lización de un supuesto a través de la aplicación real de las medidas o de las sanciones previstas por la norma legal, que lleva a cabo el ejecutivo.

La punibilidad es la amenaza de privación o restricción de bienes del sujeto activo del delito, formulada en la ley para prevenir las conductas delictivas.

El legislador generalmente establece un intervalo de un mínimo a un máximo, de acuerdo a la importancia del bien jurídico tutelado, por tanto, podemos decir que la punibilidad es una descripción que está en la ley; y existe previa el delito; -si existir el delito vendrá la punición del mismo, esto es, la aplicación de la punibilidad por el Juez y posteriormente la ejecución de la pena por el Ejecutivo.

CAPITULO I

EVOLUCION DEL CONCEPTO DE REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

El Derecho, al integrarse de normas que tienden a regular la conducta del ser humano, tiene forzosamente que ir variando o adecuándose a las necesidades para las que es dada su existencia. Es de esta manera que, por ejemplo, en una sociedad poligámica no existiría el delito de bigamia, por no considerarse el múltiple matrimonio como una conducta antisocial en su momento histórico, pero si con el devenir del tiempo - esa sociedad cambiase el sistema monogámico, la práctica de la poligamia, entonces sí, sería penada por contravenir las reglas de observancia social.

El Derecho es una ciencia dinámica que día a día, necesariamente, tiene que perfeccionarse, en la medida en que las relaciones humanas se hacen más complicadas. El caso que nos ocupa en este estudio no podía ser la excepción a la regla. A lo largo de más de cien años, la reincidencia se ha venido incluyendo en nuestros ordenamientos penales, regulándose de la siguiente manera:

Analizando los preceptos del Código Penal de 1871 encontramos que en éstos no existe una definición de lo que se debe entender por reincidencia. Con este antecedente citamos al artículo 217 de dicho ordenamiento, que establece:

(Capítulo IV. Aplicación de Penas en Caso de Acumulación y en caso de Reincidencia).

"Art. 217.-- La reincidencia se castigará con la pena que, atendidas las circunstancias atenuantes y agravantes, deba imponerse por el último delito, con un aumento:

I. Hasta de una sexta parte, si el último delito fue menor que el anterior.

II. Hasta de una cuarta, si ambos fueren de igual gravedad.

III. Hasta de una tercia, si el último fuere más grave que el anterior.

IV. Si el reo hubiere sido indultado por el delito anterior, o su reincidencia no fuere la primera, se podrá duplicar el aumento de que hablan las reglas anteriores." (15)

De esta suerte, la reglamentación citada destaca algunos ele

(15) Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California del 7 de diciembre de 1871.

mentos:

• Se considera reincidente al sujeto que habiendo delinquido en una primera vez repite su conducta en una ulterior ocasión.

• Hay diversas penas para la reincidencia, las cuales se aplican tomando en consideración la gravedad y el orden de los delitos cometidos.

• No existe la diferenciación entre la reincidencia y el delincuente habitual (como se comprende en nuestra actual legislación), ya que se habla de la posibilidad de que la "reincidencia no fuere la primera".

• No se hace ninguna mención sobre las características de los delitos cometidos, por lo que se entiende que éstos se pensarán en forma genérica.

La regulación de esta figura resultó, tanto en este primer Código, como en los subsiguientes, como se verá adelante, poco afortunada, así que de esta manera se castigaba la reincidencia, y ya que si, por ejemplo, un sujeto cometía un delito calificado como el homicidio y tiempo después cometía un robo simple, la pena máxima aplicable sería la estipulada para el robo incrementada en un sexto. Aritméticamente esto -

sería así: cinco años más un sexto nos daría aproximadamente cinco años diez meses de condena.

Si por el contrario, el sujeto hubiese cometido primero el robo y después el homicidio calificado, el castigo cambiaría ya que la pena de quince años por el homicidio se le sumaría una tercera parte más, lo que nos daría una pena de veinte años. En este caso la diferencia total sería de cinco años.

Considero, en estricto sentido, poco justo el que existiese una diferencia tan marcada, ya que, como se note en el ejemplo citado, si lo que se buscaba era reprimir la conducta delictiva, resulta, a todas luces, absurdo crear en una corrección de ésta tomando como base el que el delincuente, en su actual ilícito, fuese cometiendo cada vez delitos de menor gravedad por lo que las penas si bien agravadas no serían todo lo rigurosas que en el supuesto contrario, esto es, en la comisión de delitos más graves.

En este punto cabe hacer algunas consideraciones. En primer lugar, si como se ha apuntado en la introducción de este trabajo lo que se busca es agravar la pena en el caso de los delincuentes que repiten por segunda ocasión su obrar antisocial es, al aplicarles un castigo aumentado, buscar su corrección a través del sufrimiento de penas más largas. Es conve

niente preguntarnos: qué es en sí una pena?

Para respondernos esta pregunta primeramente podemos citar - al Maestro Fernando Castellanos, quien al conjugar diversas concepciones la define como:

"el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico" (16)

Me permito subrayar la palabra "legalmente" de la definición citada, ya que sobre la legalidad de la pena consignada en una norma jurídica secundaria habré de desarrollar su estudio oportunamente. (Capítulo III, inciso 3: La fundamentación de este ensayo).

Otros autores han definido la pena de la siguiente manera:

"La pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal." (17)

En esta definición Eugenio Cuello Calón, en mi opinión, abrió la puerta enteramente, ya que al definir la pena genéricamen

(16) Castellanos... Op. Cit. Pág. 306.

(17) Cuello... Op. Cit. Pág. 579.

te como el sufrimiento que el Estado impone al que comete un delito, deberíamos entonces entender que pena será todo aquel castigo que se imponga a un delincuente, partiendo desde la simple amonestación hasta llegar a la pena de muerte. Además hay que destacar que dicho tratadista fundamenta la pena en la sentencia pronunciada.

En una posición intermedia entre la de Castellanos y la de Cuello Calón, se encuentra Ignacio Villalobos, quien define a la pena así:

"La pena es un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la Ley, para mantener el orden jurídico." (18)

A diferencia de la definición de Castellanos, Villalobos fundamenta la justificación de la pena en la aplicación de una Ley y no en la legalidad, ya que lo uno no siempre lleva aparejado lo otro. Puesto que la Ley es el conjunto de normas y principios condensados en un cuerpo jurídico que regulan las relaciones humanas en un campo determinado, y ese conjunto de normas debe tener un nacimiento acorde con las exigencias legales. Por otra parte, legalidad es la calidad que toda norma o precepto legal debe tener implícito, consistente en que debe de ir de acuerdo al espíritu de la Ley Supre-

(18) Villalobos... Op. Cit. Pág. 506.

ma y no contravenir ninguno de sus principios fundamentales.

Por su parte, Raúl Carrancá y Trujillo al analizar la pena - concluye que ésta tiene los siguientes elementos:

"Debe ser "intimidatoria", es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; -- "ejemplar", al servir de ejemplo a los demás, y no sólo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; "co-rractiva", al producir en el penado la readapta- ción a la vida normal, mediante los tratamien- tos curativos y educacionales adecuados, impi- diendo así la reincidencia; "eliminotoria", ya sea temporal o definitivamente; según que el - condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y "justa". (19)

Toda vez que en el capítulo III de este trabajo volveré sobre el tema de la pena, me permito dejar algunos otros comenta- rios para esa oportunidad.

(19) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Antigua Librería Robledo. México, 1965. Pág. 325.

Retomando el tema de agravación del castigo (de la pena) en los reincidentes, sentaré una interrogante que, considero, dejaré resuelta en las conclusiones:

Doctrinariamente se nos enseña que una norma penal se integra por dos partes esenciales que son el tipo y la punibilidad, estas partes serían la descripción de la conducta ilegal y la amenaza o conminación del Legislador a quien se encuadre en la conducta descrita.

El segundo apartado, la punibilidad, se ha mantenido incólume sobre los tres principios esenciales de Derecho Penal: "Nulla poena sine lege"; "Nulla poena sine crimine" y "Nullum crimen sine poena legale".

Ahora bien, en establecimiento de la punibilidad se emplea el sistema de mínimos y máximos que serán el margen que el juzgador tome en consideración para determinar la magnitud de la punición aplicable en cada caso.

Así, Jesús Angeles Contreras señala:

"Al individualizar la pena, dentro de los límites mínimo y máximo señalados por la Ley, el juzgador deberá tomar en consideración las disposiciones de los artículos 51 y 52 del Código -

Penal para el Distrito y Territorios Federales" (20)

De aquí surge la pregunta ¿por qué si al elaborar las leyes penales se manejó un criterio de mínimos y máximos en las penas, considerando en el caso de las primeras la convergencia de atenuantes y, en la segunda, la existencia de las agravantes, luego entonces, por qué al "MAXIMO" ¿no es en realidad el máximo?, ya que éste puede aumentarse considerablemente.

EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 1929.

En caso del segundo Código Penal para el Distrito Federal, vuelven a repetirse la falta de coherencia y de unidad al legislarse sobre la figura de la reincidencia.

No obstante que en este Código se hacen, si no una definición, sí, al menos, una descripción de la reincidencia, volvemos a encontrar una gran dispersión, ya que ésta se reglamenta en forma fraccionada en diversos artículos, bien se describiéndola por su nombre o sólo haciendo referencia de ella por sus

(20) Angeles Contreras, Jesús. Compendio de Derecho Penal. Edit. Textos Universitarios, S.A. 1ª Edición. México, 1969. Pág. 258.

elementos.

De esta forma, el artículo 111 de dicho Código establece:

"A los reos que durante el tiempo de segregación cometieron un nuevo delito o una falta grave, se les corregirá en los términos que fija el reglamento respectivo, volviéndolos al período anterior o haciéndoles efectiva la retención, sin perjuicio de aplicarles la sanción del nuevo delito, considerándolos como reincidentes o delinquentes habituales, según el caso." (21)

La penalización para el reincidente se establece en el artículo 175, que dice:

"A los reincidentes se les aplicará la sanción que debiere imponérseles por el último delito cometido aumentada desde un tercio hasta el doble de su duración, a juicio del juez." (21)

Como se notará, la pena para la reincidencia, en este caso, se agrava aún más, ya que si en el Código de 1871 se aplica-

(21) Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.

ban los aumentos comprendidos en las cuatro fracciones del artículo 217, en éste, si bien se mantienen los márgenes de un tercio al doble en el incremento de la pena, la determinación de la pena definitiva que habrá de aplicarse se deja al arbitrio del juzgador.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL DE 13 DE AGOSTO DE 1931.

Con mayor claridad, en cuanto a definición y presentación, - la reincidencia vuelve a ser plasmada en el actual Código Penal de 1931.

En este Código se dedican cuatro artículos del capítulo VI, Título I, a la descripción de la reincidencia y uno del capítulo IV, Título II para su penalización.

De esta manera, encontraremos que los artículos 20 a 23 establecen:

ART. 20.- Hay reincidencia siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha --

transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones finadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviene de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales.

ART. 21.- Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años.

ART. 22.- En las prevenciones de los artículos anteriores, se comprenden los casos en que uno solo de los delitos, o todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter en que intervenga el responsable.

ART. 23.- No se aplicarán los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por inocente.

Por lo que hace a su penalización, como ya se apuntó, el artículo 65 del mismo ordenamiento estipula:

ART. 65.- A los reincidentes se les aplicará la sanción que deberá imponérselos por el último delito cometido, aumentándola desde un tercio hasta dos tercios de su duración, a juicio del Juez. Si la reincidencia fuere por delitos de la misma especie, el aumento será desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena. Cuando resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes a la suma del primero y segundo delitos, se aplicará esta suma.

En conclusión de este primer capítulo podríamos apuntar que, el amparo de la figura de la reincidencia, las penas han podido ser aumentadas desde un 16 % hasta el 100 % o más de acuerdo con la parte final del artículo 65 del Código vigente.

Para efectos de síntesis, me permito incluir la siguiente gráfica en donde se indican los "aumentos" autorizados por los Códigos analizados para la reincidencia:

AGRAVACION DE LA PENA EN LA REINCIDENCIA

CODIGO	AUMENTO (%)	16.6	25	33.3	66.6	100	100
CODIGO PENAL DE 1871							
CODIGO PENAL DE 1929							
CODIGO PENAL DE 1931							

Como se notará, las penalidades se han agravado con el transcurso del tiempo, ya que el mínimo que en 1871 era de 15.6 % en Código de 1929 y en el actual es del 33.3 %, esto es, el doble.

En cuanto al máximo, si en los Códigos de 1871 y 1929, éste podía llegar hasta el 100 %. En el Código actual, al establecer como tope la suma de la pena del primer delito con la pena del segundo, resulta que la agravación de la pena puede ir más allá del 100 % fijado en las leyes anteriores.

CAPITULO II

LA TIPIFICACION DE LA REINCIDENCIA Y OTRAS FIGURAS SIMILARES

LA REINCIDENCIA.

Para analizar en detalle lo relativo a la Tipificación de la reincidencia de acuerdo con el Derecho Penal Mexicano, tomaremos como base la definición que sobre la misma se contempla en el artículo 20 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

De tal manera, el artículo 20 del citado Código señala:

"Hay reincidencia: Siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier Tribunal de la República o del Extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena salvo las excepciones fijadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviene de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales".

Partiendo de la definición elaborada por la Legislación Penal Mexicana, encontramos que para que se dé la Tipificación de esta figura especial del Derecho Penal, se requiere de la - concurrencia de varios elementos. De éstos, considero que - los más importantes son en un primer término, que el sujeto activo en la comisión de un delito haya sido sentenciado o - condenado por cualquier tribunal, bien sea de la República o del extranjero, y que dicha sentencia haya causado ejecutoria y en un segundo término que entre la fecha de comisión de un nuevo delito y la del cumplimiento de la condena o del indulto del primer delito cometido, no haya transcurrido un plazo mayor al de la prescripción de la acción penal que determina la ley, aunque el precepto no precise a qué delito se refiere, si el primero o el segundo.

De tal suerte encontramos que para que pueda surgir la figura de la reincidencia ante la comisión de un delito, exigirá una condición especial en lo que se refiere al sujeto activo del mismo. De esta suerte la persona que llegase a delinquir por primera vez no podrá ser enjuiciada o sentenciada, tomando en consideración las medidas de agravación de la pena que se contemplan para los reincidentes. Es más aún en el caso de los delincuentes que hubiesen llegado a cometer algún ilícito sin que se hubiese dictado en contra de ellos sentencia ejecutoria, sería legalmente imposible la aplicación de la

agravación en la penalidad por la comisión del segundo delito, tomando como base el artículo 20 del Código, ya que es requisito sine qua non, como el propio tipo lo establece, el que el sujeto haya cumplido una pena impuesta por una sentencia ejecutoria o bien que se le hubiese indultado después de que se le hubiere dictado una sentencia ejecutoria.

Independientemente de estos dos aspectos que pueden llegar a presentarse como elementos de atipicidad para la reincidencia, el Maestro René González de la Vega en sus comentarios al Código Penal realiza el siguiente comentario:

"Aunque reincidente es todo aquel que no es delincuente primario, el legislador restringió el concepto al estipular que tan sólo sería así considerado el sujeto contra quien exista sentencia ejecutoria que cometa un nuevo delito sin que haya transcurrido desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma un término igual al de la prescripción de la pena. Esta medida no resulta eficaz, ya que en los casos de delitos con penas reducidas se imposibilita prácticamente el funcionamiento de esta figura debido a que se desea sancionar, no la gravedad de los delitos, sino la peligrosidad

dad del sujeto derivada de su reiteración criminal de conductas." (22)

Ejemplificando la opinión del Maestro González de la Vega, podríamos citar el caso de las lesiones calificadas como leves que se tipifican en el artículo 289 parte primera del propio Código Penal, en el que se aplicará una pena máxima de cuatro meses al que infiera lesiones a otro. El delincuente así condenado podría dentro del lapso comprendido en el período de un año, realizar por dos ocasiones distintas el mismo delito sin que en el segundo de los casos se le pudiese agravar la pena por considerársele reincidente, toda vez que purgando una sentencia de cuatro meses, dejando pasar un término de cinco meses más, podría volver a cometer este delito, sin que, por faltar el elemento tiempo pudiese, como se ha señalado, llegar a tipificarse en este caso la reincidencia.

De igual manera, resulta interesante analizar el aspecto vali-
tivo que se presenta en la reincidencia. Esto es, determinar si el primer delito cometido ha sido doloso o culposo (si se

(22) González de la Vega, René. Comentarios al Código Penal. Edit. Cárdenas. 1ª Edición. México, 1975. Págs. 51 y 52.

ha cometido con intención o sin intención) y si en el segundo de los delitos se presenta la misma circunstancia, esto es, si un sujeto por error del destino llegase a cometer un delito calificado como culposo, se considera, y es mi opinión personal, que sería injusto a todas luces, que una vez purgado la condena el juez competente le fijase por la comisión de ese delito imprudencial, si después, por alguna circunstancia, llegase a cometer otro delito sin intención, se le castigue como reincidente, toda vez que, como el Maestro de la Vega ha señalado, lo que se busca es prevenir o sancionar no es en sí la gravedad del delito, sino la peligrosidad del sujeto activo.

Por lo anterior, dicho autor realiza la siguiente proposición para que se tome en cuenta ante una eventual reforma el artículo 20 del Código Penal:

"No hay reincidencia cuando el primero o el segundo delito sea culposo y el otro intencional." (23)

A propósito, debemos recordar que Jiménez de Asúa definió el dolo como:

"La producción de un resultado típicamente anti

(23) González de la Vega... Op. Cit. Pág. 52.

jurídica con conciencia de que se quebrante el deber con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica." (24)

Por su parte, Pavón Vasconcelos ha definido la culpa como:

"aquel resultado típico y antijurídico no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejados por los usos y costumbres". (25)

Considero que ponderando en todo su valor las dos definiciones citadas, resulta valadero en todo el juicio y la proposición de González de la Vega respecto a la incongruencia de agravar la comisión de delitos culposos cuando llegare a presentarse la reincidencia si es que esto proceda.

(24) Jiménez de... Op. Cit. Pág. 372.

(25) Pavón Vasconcelos... Op. Cit. Pág. 212.

Parece ser que la descripción de la reincidencia que realiza nuestro Código Penal adolece de alguna pequeña falla. Dicha falla o falta de exactitud se presenta en lo relativo al tiempo, ya que el citado artículo al señalar que es necesario para la existencia de la reincidencia que entre la fecha del cumplimiento de la condena o del indulto de la misma transcurra un término igual al de la prescripción de la pena, sin aclarar si se tomará como parámetro la pena aplicable al segundo delito cometido. Sobre este particular, Raúl Carrancá y Trujillo haciendo referencia a la jurisprudencia mexicana señala que para que exista la reincidencia es indispensable la concurrencia de tres requisitos:

1. La existencia de una condena ejecutoria previamente dictada en la República o en el Extranjero;
2. el cumplimiento o indulto de la sanción impuesta;
3. que la última infracción se consuma dentro de un plazo igual al de la prescripción de la pena impuesta antes, contando desde el cumplimiento o indulto de la misma. (25)

De igual manera Luis Muñoz en sus comentarios al Código Penal señala:

(25) Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. Edit. Antigua Librería Robledo. 1ª Edición. México, 1962. Pág. 136.

"Se reincide únicamente cuando el nuevo delito se comete sin que haya transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas por la ley." (27)

EL DELINCUENTE HABITUAL.

Comenzaremos a tratar lo relativo al delincuente habitual con algunas breves referencias sobre sus antecedentes en nuestra legislación penal.

Como ya se apuntó, el Código Penal de 1871 no hace mención alguna sobre el denominado delincuente habitual, por lo que se puede asentar que al no regular específicamente la repetición inveterada de delitos a través de esta figura, las disposiciones aplicables fueron las de la reincidencia.

Esta afirmación se puede fundar en la fracción IV del artículo 217 que dice:

"... si el reo hubiere sido indultado por el de

(27) Muñoz, Luis. Comentarios al Código Penal. Ediciones Lex. México. Pág. 331.

lito anterior o su reincidencia no fuere la primera..." (28)

Así pues, la habitualidad, podríamos apuntar, se consideró - sin estar regulada como la repetición de la reincidencia.

Por lo que hace al Código de 1929 encontramos, a diferencia de su antecesor, que si bien no definió al delincuente habitual sí hizo una diferenciación entre éste y el reincidente. Así, refiriéndose a la aplicación de sanciones, estipuló:

"Art. 176.- La sanción que debe imponerse a los delincuentes habituales será siempre de relegación y no podrá bajar de la que les impondría - como simples reincidentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo anterior. Pero el aumento podrá extenderse hasta el triple de la duración de la sanción correspondiente al último delito cometido." (29)

De esta manera llegamos al actual Código que define al delincuente habitual en su artículo 21, en los siguientes términos:

(28) Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871.

"Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual siempre que - las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años." (30)

Sobre este artículo diversos tratadistas han desarrollado sus propias consideraciones, ya sea reconociendo o eliminando - una serie de características. Así, para Raúl Carrancó y Trujillo y Raúl Carrancó y Rivas, el caso de la habitualidad - reúne dos elementos que son el subjetivo y el objetivo. Sobre de estos apuntan que si bien en la reincidencia los legisladores solamente se ocuparán del aspecto objetivo, al dejar fuera toda consideración sobre la tendencia a delinquir del individuo, no ocurrió esto tratándose de la habitualidad. La idea de estos autores se concretó de la siguiente manera:

"Si el elemento subjetivo no fue considerado tratándose de la reincidencia, no así en cuanto a - la habitualidad que sí atiende a ese elemento - además del objetivo: criterio mixto que incluye al antropológico".

El elemento subjetivo se define como:

"la misma pasión o inclinación viciosa", es decir, como una tendencia específica a delinquir. El elemento subjetivo cuenta como síntoma de peligrosidad. Se da "el mismo género de infracciones" con "la misma pasión o inclinación viciosa". a) Cuando se viola en los diversos delitos una misma norma penal; b) Cuando los bienes jurídicos tutelados, objeto de los distintos delitos son de la misma naturaleza. c) Cuando se delinque por análogos motivos". (31)

A su vez, Conzález de la Vaga comenta sobre el delincuente habitual:

"Es delincuente habitual el sujeto que habiendo sido declarado reincidente específico, incurre en una tercera infracción a la ley penal en un plazo no mayor de diez años, contados a partir de la primera comisión delictiva."

En virtud de que este precepto (Art. 21 C.P.) exige que el -

(31) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Op. Cit. Pág. 142

nuevo delito proceda "de la misma pasión o inclinación viciosa", resulta necesario que el juez tome en cuenta los datos psíquicos, ambientales, culturales, etc., del delincuente. Basta, para esta consideración, que se trate de delitos incluidos en el mismo capítulo. (32)

En un contexto mucho más amplio que el de los autores citados, trata la materia el Maestro Jiménez de Asúa quien, citado por Luis Muñoz, dice:

"Debemos diferenciar la habitualidad de la reincidencia, de la profesionalidad, de la predisposición a delinquir y de la incorregibilidad".

El hábito criminal es costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, y la facilidad para realizarlos, como consecuencia de la práctica en este ejercicio implica ordinariamente la comisión de pluralidad de infracciones, aunque puede existir en los delitos continuados y colectivos que están constituidos por pluralidad de hechos, sin necesidad de más de una infracción.

Es más o menos que la reincidencia. Más, porque no basta con

(32) González de la... Op. Cit. Pág. 350.

la repetición de infracciones; es preciso que esta insistencia constituya costumbre y se incorpore al modo de ser o de obrar del sujeto. Es posible caer más de una vez en el delito, sin que éste deje de ser ocasional por la renovación de las circunstancias externas que produjeron el estímulo. Menos, porque no hace falta para reconocer la habitualidad que se haya dado de hipótesis de reincidencia, o sea, la condena ejecutoria, sino que aquélla puede demostrarse por un conjunto de infracciones que constituyen el concurso de delitos.

El profesional es especie de delincuente habitual. Aquí la costumbre va unida al lucro y constituye un modo de vida, un oficio que se ejerce previo aprendizaje: falsificadores, timadores, carteristas, ladrones de varia graduación social, - desde el timador callejero al elegante ladrón de hotel, parisitas, proxenetas, chantajistas, usureros, explotadores del juego, contrabandistas, etc. Son "profesiones" regularmente desempeñadas, contra las cuales ha sido impotente hasta ahora la ley penal.

El concepto de predisposición a delinquir es más amplio. En él entra el hábito y la profesión, pero no es preciso llegar a esto para que se pueda ya reconocer la inclinación al delito. La predisposición puede declararse con un solo delito y aún antes del mismo. Y así como en la criminalidad profesio-

nel incluye primeramente el ambiente, los inclinados a delinquir pueden serlo por disposición congénita, como el delincuente por tendencia instintiva, huella que la debatida teoría del delincuente nato ha dejado en el Código italiano de 1930.

Finalmente, no debe equipararse la habitualidad a la incorregibilidad. El hábito se desarraiga por la educación, sobre todo en la juventud. La profesión criminal es sustituible - cuando se ejercita el penado en otra profesión. El optimismo en la corregibilidad del delincuente se acrecienta cuando entendemos ésta con aptitud para la readaptación a la vida social sin aspirar a la enmienda moral. Por eso nos parece que si hoy se conviene en aplicar a estos reos la sentencia indeterminada, es preferible, dentro de la indeterminación, la pena correccional a la medida de seguridad con fines exclusivamente inculcizadores que se está adoptando en Europa. Concepción Arenal dijo que no debía hablarse de delincuentes incorregibles sino de incorregidos. Lo cual es, al menos; - aplicable a los habituales, siquiera no lo sea tanto a los delincuentes.

Consideré conveniente mencionar la idea de la autora citada, ya que si bien no llegó al fondo del problema, pues de los que más se acercan a lo que considero el centro en el que de

be girar la concepción de la habitualidad y, por ende, de la reincidencia.

Tomando estos conceptos y los otros que se han planteado, en contremos que el problema se simplifica, como en el caso de Angeles Contreras, para quien la habitualidad es:

"una especie agravada de la reincidencia" (33)

O se extiende, como en el caso de Jiménez de Asúa hasta límites remotos.

En este repaso encontramos una concatenación de términos tales como "pasión o inclinación viciosa"; "tendencia a delinquir"; la necesidad de considerar, en este caso específico, "elementos psíquicos, ambientales y culturales"; "incurregibilidad" y "disposición congénita". Conceptos que van desde una concepción casi "inquisitoria" hasta rasguñar algunos de los avances logrados por la ciencia penal de hoy en día.

Ante los avances registrados en los últimos años de labor de un importante número de investigadores en disciplinas como -

(33) Franco Guzmán, Ricardo. Manual de Introducción a las Ciencias Penales. Edit. Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social. México, 1976. Págs. 22 y 23.

la genética aplicada al estudio de la criminalidad; la psicología y sociología del delincuente; la criminología; la criminalística y la medicina forense, nos enfrentaremos con el hecho indiscutible de que muchas de las concepciones que durante años se habían mantenido incólumes tienen que ser reveladores a la luz de los últimos estudios.

Es válido, en nuestro momento histórico, preguntarnos si la llamada "pasión o inclinación viciosa" concepción satanizante a que hace referencia nuestro Código, del que hay que destacar que fue elaborado hace ya más de 50 años, pudiese mantenerse sin tambalearse ante la evidencia arrojada por estudios modernos, como en el caso del Síndrome XYV y su incidencia en la conducta delictiva.

En este sentido concedo mi apoyo a González de la Vega cuando menciona la necesidad de urgir en la psicología y en la sociología del que delinque, y acepto la opinión de Jiménez de Asúa cuando, citando a otro autor, señala que no debemos hablar de delincuentes incorregibles, sino incorregidos.

Mucho se ha avanzado desde aquellas oscuras épocas en que a los desgraciados que padecían de epilepsia se les condenaba a la pira, situación que para la mentalidad actual resulta hasta risible, pero no se ha brindado la atención debida al

hecho de que en nuestros días a esos enfermos imposibilitados ya sea psíquica o socialmente, para soportar la carga que implica el llevar una vida social con todas las frustraciones y exigencias que ello conlleva, se les recluye en prisiones donde, la experiencia lo demostrado lamentablemente, sus deficiencias y su inadaptación, lejos de disminuir, se agravan.

EL CONCURSO DE DELITOS.

Una vez analizadas las figuras del reincidente y del delincuente habitual haré ahora algunas consideraciones sobre el llamado concurso de delitos para, en el siguiente punto, tratar lo relativo a la acumulación.

Por principio de cuentas haré una aclaración. Si bien la reincidencia y la habitualidad se enmarcan en un distinto contexto al del concurso de delitos en su presentación tanto como acumulación o concurso material y el llamado delito continuo, estos últimos se plantean en este estudio pues habrán de servir a guisa de parámetros para sustentar la tesis sobre la que versa el ensayo.

Sintetizando lo que es el concurso de delitos, el Maestro Franco Guzmán señala:

"En ocasiones sucede que una persona comete varios delitos, de donde resulta el llamado concurso que puede tener las siguientes formas:

Art. 19.- a) Concurso ideal (o formal); que se presenta cuando una persona con una sola conducta viola varias disposiciones penales. Por ejemplo, un terrorista pone una bomba en la estación del Metro, estalla y causa varios delitos como son: homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena.

Art. 20.- b) Concurso real (o material); que existe cuando una misma persona realiza varias conductas y cada una de ellas integra un delito. Por ejemplo, un sujeto hoy roba, mañana mata y pasado mañana viola. Ha cometido tres delitos en tres distintos actos que para los efectos de ley se agrupan en un solo proceso." (34)

Sobre este tema Raúl Carrancá y Trujillo plantea tres supuestos:

"Los problemas del concurso derivan de la conducta reiteradamente delictuosa de un mismo agente o de los diversos resultados obtenidos a virtud de ella. La primera hipótesis que se -

ofrece es la de la unidad de la acción y del resultado; pero pueden darse unidad de acción y pluralidad de resultados, pluralidad de acciones y unidad de resultado, y pluralidad de acciones y de resultados, inculcables todos en cuenta a un mismo sujeto". (35)

El primero de los tres supuestos planteados por Carrancá y Trujillo (unidad de acción y del resultado), en mi opinión, está de sobra, ya que nada tiene que ver esta figura simple con el concurso de delitos, pues como el nombre lo indica es la concurrencia de delitos ya sea por una conducta y varios resultados o varias conductas y varios resultados.

En su Código Penal Anotado, Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas plantean cuatro supuestos:

- a) Unidad de acción y de resultado; hipótesis - la más actualizada en la vida real del delito.
- b) Unidad de acción y pluralidad de resultados o concurso ideal o formal, previsto en el artículo 18 parte primera y sancionado por el artículo 64 párrafo primero; caso de acumulación de sanciones.

(35) Carrancá y Trujillo... Op. Cit. Pág. 325.

c) Pluralidad de acciones y un solo resultado, lo que da lugar al delito continuado a que se refiere el artículo 19.

c) Pluralidad de acciones y de resultados o concurso real, material o efectivo; caso de acumulación de delitos. Previsto en el artículo 18 parte segunda y sancionado por el artículo 64 parte segunda. (36)

Por su parte el Estado, al legislar sobre el concurso de delitos, establece en el Código Penal:

"Art. 18.- Existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos." (37)

En la primera parte estamos en presencia del concurso ideal. Con una conducta se violan varias disposiciones penales, por ejemplo, tránsito de vehículos en una colisión, daño en propiedad ajena, homicidio. En la segunda parte, regula el llamado concurso real o material, ya que se presentan la identidad del delincuente, así como la pluralidad de conductas y -

(36) Carrancá y Trujillo... Op. Cit. Pág. 129.

(37) Código Penal para el Distrito Federal de 1931, reformado en 1983.

delitos, por ejemplo, un asalto bancario, robo calificado, - lesiones u homicidio, portación de armas de fuego.

El artículo 19 preceptua que no hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado

Se considera, para los efectos legales, delito continuado, - cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas, se viola el mismo precepto legal. (38) Por ejemplo, - un empleado se quiere apoderar de una caja de coñac, pero pa - ra que el dueño no se dé cuenta, se apodera de una botella a la semana.

De esta suerte, podemos concluir este capítulo señalando los rasgos comunes y, a la vez, diferenciales entre la reincidencia, el delincuente habitual y el concurso de delitos en sus dos modalidades, resumiéndolos en el siguiente cuadro:

(38) Código Penal para el Distrito Federal de 1931 reformado en 1983.

SUPUESTOS ELEMENTOS	REINCIDENCIA	DELINCUENTE HABITUAL	CONCURSO REAL	CONCURSO IDEAL
TIPIFICACION	Art. 20 del Código Penal	Art. 21 del Código Penal	Art. 18 del Código Penal	Art. 18 del Código Penal
SUJETO ACTIVO	Identidad	Identidad y con calidad específica de ser reincidente.	Identidad	Identidad
CONDUCTA	Comisión de otro delito. Una conducta	Comisión de un delito, lesionando o poniendo en peligro el mismo bien jurídico que en otros anteriores. Una conducta.	Varias conductas.	Realización de una sola conducta.
RESULTADO	Violación de una ley.	Violación de una ley.	Violación de varias leyes	Violación de varias leyes
CONDICIONES DE PUNIBILIDAD	Existencia de una sentencia ejecutoriada previa y sin que haya transcurrido un término igual al de la prescripción de la pena.	Que los tres delitos se hayan cometido dentro de un período de 10 años.	No hay.	No hay.

CAPITULO III

LA PUNIBILIDAD Y LA REINCIDENCIA

LA PENA EN EL CONCURSO DE DELITOS.

Al analizar lo relativo al aspecto punitivo del concurso de delitos, notamos que el Código Penal establece los distintos sistemas en que éste se habrá de sancionar, bien sea que se trate del concurso real o del ideal.

El artículo 64 del Código Penal vigente, al referirse al concurso ideal de delitos fija la siguiente sanción:

En caso de concurso ideal se aplicará la pena corespondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más - del máximo de duración sin que pueda exceder de 40 años conforme a lo dispuesto en el artículo - 25. (39)

Sobre este sistema apunta González de la Vega:

(39) Código Penal para el Distrito Federal de 1931 reformado en 1983.

"En este caso, al sentenciarse al pluriinfractor, el juez habrá de tener por probados tantos cuerpos de delito como resultados se hubieren dado; sin embargo, el juicio de reproche tan sólo será uno y atenderá a la conducta considerada como - unidad". (40)

En este caso específico, pese a que el sujeto activo con su actuar único viola diversos preceptos legales, la ley impone como castigo la aplicación de la sanción mayor que se consigne entre los preceptos infringidos. A la vez de esta regulación si en el caso con el que Franco Guzmán ejemplificó el - concurso ideal, encontramos seguramente que la pena aplicable al terrorista que pone una bomba en una estación del Metro sería la del homicidio calificado -que va de 20 a 40 años de acuerdo con el artículo 320 del Código Penal- la que podrá aumentarse hasta en un 50% o más, es decir, otros 20 años, - sin que pueda exceder de 40.

Por lo que se refiere a los demás delitos listados por Franco Guzmán en su ejemplo, lesiones y daño en propiedad ajena, cuyas penas sumadas, tomando como base la media aritmética,

(40) González de la Vega... Op. Cit. Pág. 96.

serían aproximadamente de 12 años, no serán aplicadas.

Para el caso específico del concurso real de delitos, o también llamado acumulación, el Código Penal fija el siguiente criterio de penalización:

"Art. 64.- En caso de concurso real se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca - la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno - de los demás delitos, sin que exceda de 40 -- años ". (41)

El legislador -apunta Luis Muñoz- al establecer en el artículo 64 que en caso de acumulación se impondrá la sanción del delito mayor, que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos, sin que nunca pueda exceder de cuarenta años teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 52, permite que el juez, en uso del arbitrio judicial y en consideración a la temeridad del agente, llegue incluso a la acumulación material. (42)

En este caso, -concluye González de la Vega- el juez sí podrá

(41) Código Penal para el Distrito Federal de 1931.

(42) Muñoz, Luis. Op. Cit. Pág. 323.

llevar a cabo una suma de sanciones atendiendo a los delitos cometidos, partiendo de la base dada por la sanción entresacada del delito mayor, a diferencia del sistema fijado para sancionar el concurso ideal de delitos. El juez no podrá rebasar en su suma los 40 años de prisión, ya que es el límite normativo fijado para cada proceso. (43)

Por lo anterior, podemos concluir que si a un sujeto se le encuadra en el supuesto del concurso real de delitos se le castigará con la pena del delito mayor a la que se podrán sumar las sanciones previstas para los demás delitos cometidos mientras que aquél al que se juzgue por el concurso ideal de delitos se le aplicará en castigo la penalidad del más alto de ellos, a la que podrá ser aumentada hasta en un 50 % más.

Hasta aquí se comenta lo relativo a la pena en el concurso de delitos, en sus dos modalidades, para regresar a ella un poco más adelante. Ahora plantearemos el caso de la pena en la reincidencia para así realizar la comparación de ésta con las figuras anteriores.

(43) González de la Vega... Op. Cit. Pág. 108.

LA PENA EN LA REINCIDENCIA.

Sobre la penalización de la reincidencia Luis Muñoz simplemente comenta:

"La reincidencia produce los efectos de agravar la pena y la pérdida del derecho a la libertad preparatoria: A los reincidentes -preceptúa el artículo 65- se les aplicará la sanción que debería imponérselos por el último delito cometido, aumentándola desde un tercio hasta dos tercios de su duración a juicio del juez. Si la reincidencia fuere por delitos de la misma especie, el aumento será desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena. Cuando resulta una pena mayor que la suma de las correspondientes a la suma del primero y segundo delito, se aplicará esta suma". (44)

Como se nota este autor se limita a transcribir el artículo 65 del Código Penal sin hacer ninguna aportación al tema.

"El Derecho punitivo ha considerado lícito agravar la pena a aquellos sujetos que recaen en el

(44) Muñoz, Luis. Op. Cit. Págs. 331 y 332.

delito, máxime si la reincidencia es específica; sin embargo, pensamos, que en futuras reformas, - sería prudente llevar el mismo entusiasmo a normas reguladores de la reeducación de este tipo - de delincuentes". (45)

Con este momentario nos indica González de la Vega, si no en forma concreta, la necesidad de la "reeducación" del reincidente, pero no llega a hacer ninguna recomendación.

En otra posición diferente, Carrancá y Trujillo manifiesta, - al referirse al castigo del reincidente:

"La agravación de las penas en el caso del reincidente, se funda en la falta de enmienda del delincente a pesar del castigo que se le haya impuesto; lo cual exige sanciones más graves que las que ordinariamente se le aplicaría, puesto - que la recaída en el delito revela mayor peligrosidad". (46)

Considero que con estas muestras es suficiente para poder nombrar un criterio sobre la conceptuación que se tiene del rein

(45) González de la Vega... Op. Cit. Pág. 108.

(46) Carrancá y Trujillo... Op. Cit. Pág. 22D.

cidente y la pena que debe de aplicársele.

En el punto inmediato anterior se planteó el caso del concurso de delitos, si ello es permitido haré ahora algunas anotaciones sobre ambas figuras.

Se dice que "la finalidad que persigue el Derecho Penal es - la de acabar o, cuando menos, reducir a su mínima expresión el doloroso fenómeno de la criminalidad o la delincuencia" - (47); que "a toda persona que comete un delito se le debe aplicar una pena o una medida de seguridad" (47); que "la penalidad no es establecida en la ley de una manera fija, sino que se da el mínimo y el máximo que puede ser impuesto por el - juzgador, haciendo uso del arbitrio judicial que le es conferido por la misma ley y tomando en cuenta las circunstancias de ejecución y la peligrosidad del delincuente, graduándola de acuerdo al caso concreto". (48)

Tomando como valiosos estos tres principios nos preguntamos ¿en el supuesto del concurso ideal, caso concreto en el que un sujeto con una acción u omisión cometa tres delitos diferentes, debe aplicársele la pena correspondiente a cada uno? La ley señala, como bien se ha apuntado, que esto no ocurri-

(47) Franco Guzmán... Op. Cit. Pág. 23.

(48) Adato de Ibarra, Victoria. Organización Judicial. Ed. S.G.P. México. Pág. 52.

rá, ya que sólo habrá de castigarse el delito mayor, pudiéndose agravar la pena hasta en el 50 % del máximo estipulado.

Conclusión: Se presentaron todos los elementos necesarios para la configuración de varios delitos independientes, pero - el castigar al delincuente sólo se aplicará la pena de uno - de ellos. Jurídicamente al tipificarse varios delitos con la conducta de un individuo, la posibilidad de castigar cada uno de ellos en forma individual es desechada por el legislador, ya que considero que, agravando en un 50 % más la pena que finalmente se aplique se impone un castigo suficiente al infractor.

Pero ¿qué ocurre en el concurso real? Si suponemos que en el caso antes citado, el sujeto activo actuó dolosamente, ya que preveía que con una sola acción causaría diversos daños, ¿dónde queda la diferencia entre el concurso ideal y el real? - ¿en el hecho de que para lograr los resultados deseados se - tengan que realizar varios actos? Por lo anterior podemos - preguntarnos ¿qué es lo que se castiga más duramente al diferenciar ambas figuras: la capacidad de inventiva del delincuente o su peligrosidad?

Veamos el siguiente cuadro que nos ilustra gráficamente sobre este problema:

CASO	PROPORCION EN QUE AUMENTARA LA PENA
Concurso Ideal	La pena del delito mayor, misma que podrá aumentarse hasta en 50 %.
Concurso Real	La pena del delito mayor, al que se pueden sumar las de los demás.
Reincidencia	La pena del último delito más uno o dos tercios de la misma. La pena del último delito más dos tercios u otro tanto de la misma.

En este cuadro podemos ver como al que infringe varias leyes con un acto se le castigará menos severamente que aquel que viola varias leyes en distintos actos, y finalmente, como al reincidente se le puede llegar a duplicar la pena. Si esta diferencia es inabarcable en los dos supuestos del concurso de delitos, lo es aún más en el caso de la reincidencia, ya que si bien en el concurso se está castigando bien sea la comisión de varios delitos con un acto o de varios delitos con varios actos, la realidad es que las infracciones penales se cometieron y deben de ser castigadas, pero en la reincidencia el factor que determina la agravación de la pena es un hecho que está en el pasado que ha sido juzgado y castigado, no obstante lo cual es "revivido" y vuelve a cobrarse.

LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA AGRAVACION DE LA PENA POR LA REINCIDENCIA Y AL ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.

Después de haber estudiado el desarrollo histórico y el tratamiento doctrinario que la reincidencia ha merecido en la legislación penal mexicana, llegamos al último punto de este ensayo en el que, a la luz de los elementos planteados a lo largo del trabajo, trataré de demostrar la incompatibilidad existente entre la regulación que de dicha figura hace el Código Penal y la Constitución Mexicana, al penalizarse con agravaciones tomando en consideración delitos pasados que, como se ha venido repitiendo, ya han sido juzgados y castigados.

Resumiendo comenzaré por destacar, de nueva cuenta, lo contradictorio que es el Código Penal vigente al manejar criterios opuestos en materia de penas, ya que mientras en algunos casos éstas se atenúan, en otros se agravan. Por lo que hasta ahora comentado sobre el concurso ideal de delitos se puede concluir que el legislador al plasmar su penalización no hizo otra cosa más que atenuar las penas aplicables. Considero que esto ya ha sido suficientemente comentado, por lo que no es necesario regresar al mismo punto.

Tratándose del concurso real de delitos o también llamado acumulación, el legislador no hace otra cosa más que aplicar

el único castigo aceptable; esto es, sancionar todos los delitos cometidos. En este caso, no considero que fuese apropiado hablar de agravación o atenuación, ya que simple y sencillamente se aplicarán las penas correspondientes a los delitos cometidos.

El problema surge al comparar el concurso ideal y la manera en que éste es penado, con la reincidencia. Estoy consciente de que se está hablando de dos cosas diferentes, pero considero que el principio no debe cambiar coyunturalmente, es decir, la esencia o el sentido que se imprime a la pena debe mantenerse incólume. Por más vueltas que se le dé al tema volveremos al punto de partida: un sujeto viola dos leyes penales con un solo acto y el resultado es que como máximo se le podrá castigar con la aplicación de la pena mayor aumentada hasta un 50 %. Planteado en otros términos, y quizá simplistemente, podríamos decir: "llévase dos y pague sólo uno y medio". En el supuesto de la reincidencia esta regla se invierte, ya que la fórmula sería "Lae llevó uno y lo pagó? llévase otro y pague el doble". Con una operación simple de aritmética encontramos que en el primer caso planteado cada delito cuesta al infractor menos de la unidad, mientras que el reincidente tiene que pagar por dos delitos consumados el precio de tres.

Lo anterior nos conduce nuevamente a tratar de dilucidar el objeto de la pena para que, partiendo de éste, se pueda determinar si dicho objeto se cumple o no en el caso de la reincidencia.

Para tal fin trabajaré sobre la siguiente idea del Licenciado Luis Rodríguez Manzanera, quien al tratar lo relativo a la pena en el Derecho Penal señala:

"Desde el punto de vista de la moderna penología, la pena se analiza más como tratamiento que como retribución; pensamos, con Quiroz, Cuarón, que pena sin tratamiento no es justicia, es venganza". (49)

Este planteamiento a la vez es fundamentado con el Doctor Gustavo Malo Camacho, quien señala:

"La Constitución, en el segundo párrafo del artículo 18, parece afirmar que el sistema penal tendrá como fin la readaptación, con lo que origina la base de interpretación para conocer el fundamento y fin del sistema penitenciario, a su vez derivado de aquél". (50)

(49) Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología. Ed. Porrúa. 1ª Edición. México, 1979. Pág. 290.

(50) Malo Camacho, Gustavo. Manual de Derecho Penitenciario Mexicano. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1976. Pág. 66.

El estudio acerca del fundamento jurídico de la pena, que de de el punto de vista filosófico conduce al problema de su jus tificación social y moral, tradicionalmente ha sido explicado en base a alguno de los siguientes principios.

1. Pena retribución,
2. Pena prevención y
3. Pena readaptación.

En efecto, de entre un gran número de concepciones, la justi ficación de la pena ha tendido a encuadrarse en uno de los - tres grupos señalados por el Doctor Malo. Nos toca a nosotros determinar si la agravación de la pena al reincidente - es en sí una pena retributiva, preventiva o de readaptación.

En el primer caso la pena se fundamenta en la idea de vengan za, concepción que con el paso del tiempo se mantiene, si -- bien ha variado el encargado de aplicarla, ya que en su evolu ción parte de la venganza privada para pasar por la Ley del Talión y llegar al estado actual en el que esa facultad se - ha depositado en manos del gobierno.

En el segundo caso, pena-prevención, la pena se contempla co mo una necesidad social, ya que el castigar a un delincuente lo que se busca es, por un lado, sentar el precedente de que a todo aquel que infrinja el orden social se le aplicará cas tigo

y, en un segundo término, segregar al infractor de la sociedad para evitar que vuelva a delinquir.

Así, en la retribución se busca vengar el daño causado, mientras que en la prevención se procura, como su nombre lo indica, prevenir a la sociedad de nuevos ataques, ya sea del delincuente o de nuevos infractores.

En una concepción más moderna la idea de la pena readaptación busca a través del castigo no el ideal de venganza o de preservación del orden social, sino el del tratamiento del delincuente para lograr su reincorporación a la vida social después de purgada su condena capacitado para convivir en la sociedad.

Respecto al planteamiento de cuál es el criterio que aplica nuestra Ley Penal, Malin Camacho indica:

"Con referencia al fundamento penal que adopta la Constitución de 1977 en el artículo 18, parece evidente que el legislador procuró manejar como fin de la pena el principio de la readaptación, misma que reafirma en leyes secundarias de la materia, al mismo tiempo, sin embargo, es necesario reconocer y admitir en el contenido de las leyes penales otros de los prin-

tipos indicados". (51)

En síntesis, el Código Penal, no obstante el propósito enunciado en el artículo 18 Constitucional, aplica los tres criterios apuntados en materia de penas.

¿Cuál o cuáles son los aplicables al reincidente? La respuesta es, desafortunadamente, las penas retributivas y las preventivas, ya que se parte del hecho de que el reincidente no logró su readaptación al purgar la pena del primer delito, - por lo que es necesario segregarlo de la sociedad y ahora, en la segunda ocasión, por un tiempo mayor que el de la primera vez.

Podríamos decir que esta incongruencia entre el artículo 65 del Código Penal y el artículo 18 Constitucional es un "pecado menor", pero es necesario tener presente en todo momento el orden de la estructura jurídica mexicana.

En este sentido Olga Isles y Elpidio Ramírez comentan:

"En la pirámide jurídica mexicana, la Constitución ocupa el primer plano de lo que es la "Ley

(51) Malo Comacho... Op. Cit. Pág. 70.

Suprema de toda la Unión". En un segundo lugar quedan situadas las leyes del Congreso de la Unión que emanan de la Constitución (que se ajusten a la Constitución en tres aspectos: Órgano que las elabora, formalidades en la elaboración y contenido no contradictorio con aquélla) y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma (contenido no contradictorio) celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado".

"Los jueces de las diversas Entidades Federativas, incluidos los del Distrito Federal, cuando tengan ante sí dos normas, una Constitucional y otra secundaria, contradictorias entre sí, deberán siempre aplicar la norma Constitucional". (52)

¿Existe contradicción entre los artículos 18 Constitucional y 65 del Código Penal? ¿Cuál es la norma jurídica que tiene supremacía? Las respuestas están de más, pero no es esto lo que se trata de dilucidar en este trabajo, por lo que sobre el camino andado analizaré ahora los rasgos fundamentales del artículo 20 del Código Penal, comparándolo, en los casos en que ello sea posible, con las disposiciones constitucionales aplicables.

(52) Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. El Sistema Procesal Penal en la Constitución. Ed. Porrúa. 1ª Edición. México, 1979. Págs. 37 y 38.

El artículo 20 del Código Penal establece los presupuestos requeridos para tipificar la reincidencia, estos son:

1. En el elemento personal, que éste haya delinquirido con anterioridad y que a resueltas del primer delito haya sido condenado por sentencia ejecutoria, bien fuere por un tribunal nacional o extranjero.

2. Que en el momento de realizar el segundo delito no haya transcurrido un término igual al de la prescripción de la pena, contando éste a partir del cumplimiento de la condena o de la fecha en que hubiese sido indultado.

Considero que el requisito indicado en la primera parte es el elemento que viene a crear el conflicto entre la ley secundaria y la Constitución. La contradicción jurídica se presenta en dos niveles distintos: en uno vertical, de norma constitucional a ley secundaria, y en un segundo, horizontal al registrarse la incongruencia entre el principio que reza que toda ley penal señala un mínimo y un máximo de la pena aplicable, lo que ante la pena a la reincidencia es un mero objeto ornamental.

La primera y más grave contradicción que es la vertical, la entiendo tomando como base el artículo 23 constitucional, que

a la letra dice:

"Art. 23.- Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. NADIE PUEDE SER JUZGADO DOS VECES POR EL MISMO DELITO, ya sea que - en el juicio le absuelva o se le condene". (53)

Sobre esta garantía individual Gloria Caballero y Emilio Rabasa comentan:

"En la última parte del artículo quedó plasmado otro de los objetivos que se propusieron lograr el derecho penal liberal: prohibir que alguien pudiese ser juzgado dos veces por el mismo delito sea que se le hubiere absuelto o condenado, -- pues una vez emitida la sentencia en un sentido o en otro, no podrá dar marcha atrás la justicia y comenzar nuevo juicio sobre los mismos hechos". (54)

En este punto debemos tener mucho cuidado, ya que el citado artículo 23 adolece de poca exactitud por lo que podría señalarse que dicho precepto sería solo aplicable al caso concre

(53) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

(54) Rabasa, Emilio y Caballero, Gloria. Mexicanos, ésta es tu Constitución. Ed. Cámara de Diputados. México, 1982. Pág. 65.

to de que se realice un nuevo juicio sobre un acto que ya habría sido juzgado con anterioridad y no al caso de la reincidencia, ya que éste no se juzga por segunda vez al primer delito, sino que únicamente se toma como referencia para penar al segundo. Nada sería más falso que tratar de dar esa reducida capacidad a la garantía constitucional de que nos ocupamos, ya que sin el antecedente, llamémosle así, de un primer delito nadie puede ser declarado reincidente.

De aquí la importancia medular de dejar sentada mi opinión - de que el artículo 23 es del todo aplicable en contra de una declaratoria de reincidencia, ya que el juicio valorativo que emane del órgano judicial tendrá que basarse en un delito ya juzgado, condenado y purgado para, a partir de esa base, poder agravar la pena del segundo delito. Entonces ¿se juzga nuevamente al individuo por el primer delito? Considero, y así lo afirmo, que la respuesta es positiva, luego pues, nos encontramos ante el caso citado por nuestra Carta Magna: existen dos normas, una constitucional y otra secundaria (artículos 23 constitucional y 20 del Código Penal), contradictorias entre sí, por lo que deberá aplicarse siempre la norma constitucional.

A mayor abundamiento, la palabra juzgar es someter a jurisdicción, o sea, al poder de dirimir controversias, ¿u quién nie

ga? que cuando un juez penal en los considerandos de una sentencia manifiesta: el procesado tiene antecedentes penales - por "x" delito y como no ha transcurrido un término igual al de la prescripción de la pena impuesta es procedente considerarlo reincidente, y por tanto, procede la agravación de la pena por este nuevo delito. No está sometiendo nuevamente - el procesado a su jurisdicción por un delito que ya fue juzgado y por el que se le impuso una pena.

Si no fuera suficiente con esto, la figura de la reincidencia también está en contraposición con el principio de legalidad consagrado en el artículo 14 Constitucional en su párrafo tercero, que preceptúa:

"En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

Este principio rige para el poder legislativo, obligándolo a la creación de leyes penales, cuyo contenido es el tipo y la punibilidad. Como ya se vió, el tipo nos va a describir la figura delictiva a la que tendrá que adecuarse la conducta - de un sujeto "x" para poder aplicar la punibilidad establecida para el delito que cometió, y sólo esa, ya que de otra ma

nera se esté violando dicho principio. El mismo legislador secundario que estableció la figura de la reincidencia en el artículo 20 y en el 65 la punibilidad, viola el principio por que no toma en cuenta que el Derecho Penal por la drasticidad de sus sanciones, debe intervenir en mínima parte y sólo cuando sea necesaria la protección de bienes jurídicos fundamentales. Por más que pienso en dicha figura, no encuentro el bien jurídico tutelado por la figura de la reincidencia y al no existir éste, dicho tipo, si podemos llamarlo así, no tiene razón de existir.

Y claro que al existir la figura de la reincidencia el juez, ador la aplica sin tomar en cuenta que al hacerlo viola garantías individuales, ya que no juzga sólo por el delito cometido, no se le reprocha al sujeto una conducta delictiva determinada, sino que se le reprocha lo que él es, o mejor sea dicho, lo que el legislador pensó que sería un sujeto que delinquiera dos o más veces. Esto es un ente peligroso y con ello nos encontramos ante la violación del principio de culpabilidad que establece "nulla poena sine culpa".

Otro aspecto que merece mencionarse es el de la incongruencia en un nivel horizontal, esto es, a nivel de normas secundarias. Si la ley penal señala que a cada delito se ha fijado un máximo y un mínimo de penalidad, márgenes que habrán de ser los

"topes" con que se enfrentará el juez al momento de dictar una sentencia. Resulta que, con la figura de la reincidencia, hablar de que existe "pena máxima aplicable" y claramente determinada para cada delito es una falacia, ya que dicha pena, como se apuntó en su oportunidad, podrá aumentarse hasta en un 100 % o más, por lo que el término de "máxima" establecida para un delito determinada pierde toda validez.

Como si la discrepancia del poco afortunado artículo 20 del Código Penal con los artículos 14, 18 y 23 Constitucionales no fuera ya bastante, a ésta se suman las contradicciones que el propio Código Penal genera cuando, por ejemplo, se emplea el agravamiento de una pena con el fin de venganza más que de readaptación; se atenúa la pena del que cometió varios delitos sólo porque lo hizo con un sólo acto (concurso ideal), mientras que al reincidente se le agrava, y por último ante esta figura el principio de certeza jurídica pierde su validez, ya que gracias a la reincidencia quien haya cometido un delito, después de purgar su condena, no puede tener la certeza de que esa deuda está totalmente saldada con la sociedad.

BALANCE Y CONCLUSIONES

BALANCE Y CONCLUSIONES

Al llegar al término de este modesto ensayo, podemos hacer un balance general sobre el empleo que el Estado dé a la reincidencia.

Si replanteamos las palabras de Don Alfonso Quiroz Cuarón sobre la función que fundamentalmente debe darse a la aplicación de las penas, a fin de que éstas puedan ser consideradas como justas, topamos con el grave problema de que el Estado no está capacitado económicamente, si bien día a día crece el número de investigadores que trabajan sobre ésta y otras materias.

Pena sin tratamiento no es justicia, es venganza, dijo el maestro y su pensamiento es de mayor peso en la medida en que los trabajos de las ciencias auxiliares del Derecho Penal avanzan en sus estudios, ya que, por ejemplo, nos podemos preguntar ¿qué haría un juez penal si se le presenta el caso de un joven, mayor de edad, quien por segunda vez ha violado la ley y existe constancia de que fue sentenciado la primera vez que lo hizo?

Los elementos para tipificar la reincidencia están dados, pero vamos a agregar un pequeño detalle: durante el proceso se descubre que este sujeto padece del llamado "síndrome XVY". De acuerdo con los últimos estudios elaborados, se ha podido concluir el importante papel del factor herencia, ya que éste predispone no sólo a padecimientos físicos, sino también de actitudes, personalidad y estructura anímica.

Sobre este último punto el Doctor Mario Rodríguez Pinto, en su libro "Aspectos Genéticos de la Criminalidad" apunta:

"Desligar al hombre cuando se le estudia o analiza desde el punto de vista social, de su estructura biológica, sería tan obsoleto como desligar lo y hacer poco caso de su estructura anímica".

"El penalista reajusta sus sistemas, los hace acordes a las necesidades de la vida moderna ofreciendo a quien lo necesita el estímulo y la motivación para convertir un penal en una casa de rehabilitación, vélgase la expresión: que le permita al término de su condena reintegrarse de manera adecuada a la sociedad". (55)

Por lo anterior, regresando al planteamiento inicial, queda

(55) Rodríguez Pinto, Mario. Aspectos Genéticos de la Criminalidad. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1976. Pág. 65.

la duda de si se envía al delincuente a prisión o a un hospital, pero hay que destacarlo: es imposible alterar el patrón genético de un individuo, por lo que caemos en un círculo del que difícilmente se sale. El simple hecho de que se pueda determinar ese elemento hereditario hasta la última de las células del hombre y de que se comprueba el papel que juega en la conducta, nos acercaría a un abismo: ¿el sujeto actúa con base a su libre albedrío? o mejor dicho ¿tiene libre albedrío? Queden ahí estas preguntas.

Es innegable el avance que la ciencia ha tenido en este último siglo y especialmente a partir del perfeccionamiento de algunas ciencias y técnicas. El radio, que fue la sensación del momento, se vio desplazado por la televisión y ahora a este invento se le dan fines distintos de aquellos con los que surgió. Lo mismo pasa con el Derecho, éste se ha venido perfeccionando con el paso del tiempo, de forma tal que algunas de sus Instituciones se han visto superadas y por ende cuestionadas. En el caso, objeto de este estudio, he pretendido aportar mi "grano de arena" llamando la atención sobre lo negativo que es el agravar la pena al reincidente, ya que para mí el concepto de criminal nato, quedó atrás hace tiempo y ahora nos encontramos con enfermos para los que desafortunadamente aún no hay cura posible.

No podemos deshacernos de los delincuentes, si es que así se les puede llamar, que han violado las leyes impedidos por al gún mal genético, ya que por la naturaleza misma de su mal - son incurables; tampoco es posible recluirllos de por vida en cárceles u hospitales, ya que el Estado no cuenta con recursos para ello, pero tampoco se les puede dejar deambulando - por las calles en donde sus limitaciones personales les harán chocar con el orden social que les es ajeno, por lo que nos encontramos en la encrucijada.

CONCLUSIONES.

1. La regulación de la reincidencia en nuestro Código Penal vigente, en el sentido que actualmente se le confiere, va en contra del principio de derecho "non bis in idem" reco gido por el artículo 23 Constitucional, y contra el principio de legalidad sustentado por el artículo 14.
2. El criterio de que la repetición del delito es manifestación de que la pena sufrida no fue lo suficientemente dura para corregir al delincuente, por lo que debe castigársele agravadamente ante la comisión del segundo delito es aberrante, ya que nada puede hacernos pensar que con - duplicar una pena se pueda resolver el problema en su as-

pacto esencial

3. La figura de la reincidencia, concebida como una medida - de política criminal, lo único que ha hecho es posponer la solución a cuestiones de fondo sobre el tratamiento y la readaptación del delincuente, al aprisionarlo por largos períodos de tiempo.
4. Por lo anterior, o desaparece en su estado actual de nuestro Código Penal, o bien se eliminan todos aquellos elementos que le hacen entrar en contradicción con las normas Constitucionales.
5. Se propone el siguiente texto para que, si no desaparecen al menos se corrijan los errores de que adolece:

Cuando algún sujeto repita su actuar delictivo, además de la pena a que se haga merecedor por la comisión de dicho delito, la autoridad judicial deberá ordenar SE ESTUDIE CON DETENIMIENTO EL CASO ESPECIFICO DE QUE SE TRATE, A FIN DE, EN LO POSIBLE, TRATAR DE MODIFICAR LAS CAUSAS QUE PROPICIARON LA REINCIDENCIA.

6. Todo lo anotado y comentado en este trabajo es aplicable

también al caso del delincuente habitual, si bien en dicha figura el problema es más grave, ya que las sanciones también lo son.

7. El legislador al establecer la figura de la reincidencia en el artículo 20 y su punibilidad en el 65 del Código Penal, no tomó en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho Penal.
8. Así mismo, el legislador no estaba legitimado para la creación de dicho tipo y su punibilidad, toda vez que no buscó la protección de un bien jurídico determinado y fundamental.
9. El juzgador al aplicar la figura de la reincidencia viola el principio de culpabilidad que establece que el mínimo y el máximo de la pena deben ser impuestos de acuerdo a la reprochabilidad del sujeto por el acto cometido.
10. Conforme a las reformas que se le han hecho a nuestro Código parece ser que todo tiende a corregirse, y así, los imputables ya no serán reclusos indeterminadamente, si no que las medidas aplicadas no deberán de exceder al máximo de duración que corresponda a la pena aplicable al delito de que se trate.

11. El juzgador no debe aplicar la figura de la reincidencia, ya que al ser ésta inconstitucional debe velar por la aplicación de la norma fundamental que está jerárquicamente a un superior nivel de cualquier norma secundaria.

BIBLIOGRAFIA

- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Apuntamiento de la parte general de Derecho Penal. 1ª ed.; México, D. F.: Editorial Jurídica Mexicana, 1980.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. La Ley y el Delito. 6ª ed; Argentina, Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1973.
- CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal. 9ª ed.; México, D. F.: Editora Nacional, 1976.
- VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. 2ª ed.; México, D. F.: Editorial Porrúa, S. A., - 1960.
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. 1ª ed México, D. F.: Editorial Porrúa, S.A. 1972.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 8ª ed.; México, D. F.: Editorial Porrúa, S. A., 1974.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Manual de Derecho Penal Mexicano. 3ª ed.; México, D. F.: Editorial Porrúa, S. A., 1974.
- P. DE MORENO, ANTONIO. Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial de los Delitos en Particular. México, D. F.: Editorial Porrúa, S. A., 1968.
- CARRANCA TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano. Parte General México, D. F.: Editorial Antigua Librería Robledo, 1965.
- ANGELES CONTRERAS, JESUS. Compendio de Derecho Penal. 1ª ed.; - México, D. F.: Editorial Textos Universitarios, S. A., 1969.
- GONZALEZ DE LA VEGA, RENE. Comentarios al Código Penal. 1ª ed.; México, D. F.: Editorial Cárdenas, - 1975.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.

Código Penal Anotado. 1ª ed.; México, D. F.: Editorial Antigua Librería Robledo, 1962.

MUÑOZ, LUIS.

Comentarios al Código Penal. México, D. F.: Ediciones Lex.

FRANCO GUZMAN, RICARDO.

Manual de Introducción a las Ciencias Penales. México, D. F.: Editorial Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, 1976.

ADATO DE IBARRA, VICTORIA.

Organización Judicial. México, D. F.: Editorial S. G. P.

RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS.

Criminología. 1ª ed.; México, D. F.: Editorial Porrúa, S. A., 1979.

MALO CAMACHO, GUSTAVO.

Manual de Derecho Penitenciario Mexicano. México, D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1976.

ISLAS, OLGA Y RAMIREZ, ELPIDIO.

El Sistema Procesal Penal en la Constitución. 1ª ed.; México, D. F.: Editorial Porrúa, S. A., 1979.

RABASA, EMILIO Y CABALLERO, GLORIA.

México, ésta es tu Constitución. México, D. F.: Editorial Cámara de Diputados, 1982.

RODRIGUEZ PINTO, MARIO.

Aspectos Genéticos de la Criminalidad Mexicana. D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1976.

- Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871.
- Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929.
- Código Penal para el Distrito Federal de 1931, reformado en 1983.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.