

187



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGON

**“ESTUDIO JURIDICO DE LA REINCIDENCIA EN EL
CODIGO PENAL FEDERAL ”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A:
NESTOR HUGO GONZALEZ SANCHEZ**

**ASESOR:
LIC. MARIA GRACIELA LEON LOPEZ**

MÉXICO

2000

285038



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 esta 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.

A Dios por todo lo que me ha dado, por las grandes bendiciones que he recibido de Él, por darme la vida y una familia hermosa.

Con un especial agradecimiento a mis padres, por el amor, comprensión, enseñanza, por siempre alentarme para salir adelante, por la formación que me dieron desde la niñez, cosa que me hace sentir orgulloso de ustedes. Gracias por darme lo necesario para culminar esta etapa.

A mis hermanas Nancy y Sara por siempre darme todo el apoyo para seguir adelante en el desarrollo de mi vida profesional. A mis sobrinos, a Yaroslav para que continúe adelante.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, a la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Campus Aragón, por brindarme un espacio y darme los conocimientos para el desarrollo de mi vida profesional.

A todos mis profesores que me brindaron sus conocimientos, sin los cuales no hubiera sido posible llegar a esta etapa.

Un especial agradecimiento a la Lic. María Graciela León López, por dirigirme este trabajo de investigación, y brindarme todas las facilidades para culminar el mismo.

ESTUDIO JURIDICO DE LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL FEDERAL

INTRODUCCION

PAGS.

CAPITULO I

BREVE CONTEXTO HISTORICO

1.1. Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835	1
1.2 Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación de 1871	7
1.3 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.....	11
1.4 Código Penal Federal de 1999	15

CAPITULO II

LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL

2.1 Naturaleza jurídica de la reincidencia	21
2.2 Concepto de reincidencia	26
2.3 Clases de reincidencia	
a) Reincidencia Genérica y Reincidencia Específica	36

b) Reincidencia Ficta y Reincidencia Real	38
c) Reincidencia Nacional y Reincidencia Internacional	39
d) Reincidencia por tiempo determinado y Reincidencia por tiempo indeterminado.....	40

CAPITULO III

ELEMENTOS DE LA REINCIDENCIA

3.1 Elementos esenciales o de existencia	43
3.2 Elementos de validez.....	58
3.3 Efectos de la reincidencia.....	62
3.4 Reincidencia y Habitualidad	66
3.5 Reincidencia y concurso real de delitos	70
3.6 El arbitrio judicial, el artículo 51 y 52 del Código Penal Federal.....	73

CAPITULO IV

LOS ASPECTOS DE LA REINCIDENCIA CONTEMPLADOS EN LA CONSTITUCION MEXICANA

4.1 El artículo 133 Constitucional.....	81
---	----

4.2 Análisis del artículo 23 Constitucional en cuanto a las hipótesis:

- a) “Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias” 82
- b) “Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia” 89
- c) “Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene” 95

4.3. Propuesta 102

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El presente trabajo, trata sobre la reincidencia, la cual esta contemplada en el Código Penal Federal; en su artículo 20, al señalarnos que está existe 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.

Tenemos así que la reincidencia implica un agravamiento a la pena ordinariamente impuesta, criterio que es generalizado por la mayoría de los Códigos de los Estados y en el Derecho Comparado, razón por la cual, el motivo de elección de este trabajo es realizar un estudio jurídico de esta figura, analizando los elementos necesarios que pudieren servir de base, para establecer, en que momento estamos ante la presencia de la reincidencia. Pues de la redacción del artículo 20 del Código Penal Federal, establece unos requisitos, como la existencia de una sentencia ejecutoria, ya sea dictada en la República o en el extranjero, y que la misma tiene que haber sido cumplida, o bien puede ser que se haya otorgado el indulto, para que dentro de estos requisitos, se cometa un nuevo delito posterior al que ya se juzgó, siempre y cuando no haya transcurrido el lapso que señala la ley para la prescripción de la pena.

Así que para hablar de reincidencia, se tienen que cumplir una serie de elementos, tanto de existencia como de validez, que en su conjunto, hacen que se integre ésta figura jurídica.

Pero la Ley Penal también marca excepciones, ya que la última parte del artículo en comento, señala que las excepciones fijadas en la ley, veremos cuales son, estudiando cual es el elemento o requisito que falta por cumplir, y si es realmente una excepción de la reincidencia.

También se analizarán los aspectos contemplados en la Constitución Federal de la reincidencia. ya que de acuerdo a lo que nos establece el artículo 23 Constitucional, en una de sus hipótesis nos manifiesta que "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito", veremos si resulta en la reincidencia ese doble agravamiento de la pena al sentenciado, por la razón de que se le incrementa la pena por ser reincidente.

Existen diversas clases de reincidencia, entre otras, la nacional e internacional, la genérica y la específica; así como los elementos que las conforman, señalando además que existen los elementos de validez para que ésta se dé, como lo es el pedimento por parte del Ministerio Público, entre otros.

Para hacer una declaratoria de reincidencia se tienen que cumplir con los requisitos que señala el Código Penal Federal en el artículo 20, del cual se desprenden los elementos de existencia y de validez, pues la falta uno de estos elementos nos imposibilita para afirmar que existe reincidencia. En cuanto a la aplicación de las sanciones por parte del juzgador de acuerdo al arbitrio judicial que se le confiere, la reincidencia es tomada en cuenta para realizar una individualización judicial de la pena, pero además el artículo 65 del Código Penal en su segundo párrafo le impone la obligación al juzgador para aumentarle la pena al reincidente.

CAPITULO I
BREVE CONTEXTO HISTORICO

CAPITULO I

I. BREVE CONTEXTO HISTORICO

1.1. CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE 1835

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, aspiración del pueblo, decretada el cuatro de octubre de 1824, adoptó en sus Artículos 4 y 5 el sistema federal, dividiendo su territorio en Estados libres y soberanos en sus regímenes interiores. Esta nueva organización política concedía facultades a los Estados Federales de legislar en materia o jurisdicción local. El Estado de Veracruz, con esta directriz, promulgó en 1835 su Código Penal, tomando como modelo el Español de 1822.

Cabe resaltar que muchos doctrinarios consideran generalmente que el primer Código Penal Mexicano fue el “Código de Corona” para el Estado de Veracruz de 1869¹; pero la realidad es que en 1835 se promulgó el primer Código Penal en México y estuvo en vigor hasta el año de 1869, en el que por decreto número 115, se estableció en el artículo 1º que: “regirá en el Estado, desde la publicación de la presente ley, el Código Penal que estuvo en observancia por decreto de 28 de abril de 1835, con las adiciones y modificaciones que se expresan en los artículos siguientes:”

¹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 3ª edición. Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965. pág. 58

Respecto a este Código de 1835, el desarrollo de los trabajos encaminados a su elaboración fue el siguiente: el 15 de septiembre de 1832 fue enviada al Cuarto Congreso Constitucional del Estado, la Primera Parte del Proyecto y con fecha 15 de noviembre del mismo año de 1832 se remitió la segunda parte.

El proyecto a que se hace referencia, fue analizado por una Comisión de Diputados integrada por Bernardo Couto, Manuel Fernández Leal, José Julián Tornel y Antonio María Solorio.

Fue hasta el 28 de abril de 1835, por Decreto número 106 que se puso en vigor el Proyecto del Código Penal de 1832, señalando en él, que entretanto se establecía “el Código Criminal Penal más adaptable a las ecsigencias del Estado, rejirá y se observará como tal el proyecto presentado a la Legislatura en el año de 1832” (art. 1º) y “el Gobierno mandara imprimir suficiente número de eemplares del proyecto indicado, cuyo precio de venta será el muy preciso para cubrir los gastos de su impresión, y luego que esta se ratifique, dejará de aplicarse las leyes que hasta aquí han rejido sobre calificación de delitos y designación de penas (Art. 2º).²

Este Código está compuesto de 3 partes:

La primera “De las Penas y de los Delitos en general”, contiene 2 Títulos “De las penas en general”; abarcando 27 secciones y, “De los Delitos en General”, integrado por 11 secciones.

² PORTE PETIT, CELESTINO. Evolución Legislativa Penal en México. Editorial Jurídica Mexicana, México 1965, pág. 12

La Segunda "De los Delitos en contra de la Sociedad; contiene 8 títulos".

- I. De los delitos contra la existencia Política de la Federación y del Estado, constante de 6 secciones.
- II. De los delitos en contra de la seguridad exterior e interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público. Constante de 10 secciones.
- III. De los delitos contra la salud pública. De 9 secciones.
- IV. De los delitos contra la fe pública. 12 secciones.
- V. De los delitos contra los funcionarios públicos en ejercicio de sus cargos. 12 secciones.
- VI. De los delitos contra la moral, honestidad y decencia pública. 6 secciones.
- VII. De los que rehusen al Estado los servicios que le deben. Una sección; y,
- VIII. De los vagos, ociosos y mal entretenidos; y de los que descuiden la instrucción de la juventud. 2 secciones.

La Tercera Parte "De los Delitos contra los particulares", consta de 3 títulos; a saber:

- I. De los delitos contra las personas. 6 secciones.

II. De los delitos contra la honestidad, fama y tranquilidad de las personas. 2 secciones.

III: De los delitos contra la propiedad. 7 secciones.

Ahora bien, el tema que nos ocupa se encuentra comprendido en la Primera Parte, en el Título II, Sección IV "De las reincidencias, y del aumento de penas en estos casos", conteniendo 6 artículos, que a continuación transcribimos:

"Artículo 125.- Los que hayan sido condenados por algún delito de los que no tengan señalada por la ley pena corporal ni inhabilitación perpetua para obtener empleos o cargos públicos, incurrirán en reincidencia cuando dentro de dos años siguientes al día en que hubieren cumplido su condena u obtenido indulto volvieren a cometer el mismo delito.

Artículo 126.- Para los demás delitos de mayor gravedad, será el de cinco años el término de la reincidencia, en la propia forma que queda expresada.

Artículo 127.- El reo que incurre en reincidencia por primera vez en delito que tenga impuesta pena temporal o de cantidad determinada, sufrirá el aumento de pena que según el prudente albedrío del juez fuere de justicia; no debiendo ésta nunca exceder del doble de la que correspondería al mismo delito si fuera el primero. En el caso de segunda reincidencia, el exceso de pena no podrá exceder del triple, ni en el de tercera del cuádruplo.

Artículo 128.- En las reincidencias de delitos no comprendidos en el artículo anterior, se observará la escala siguiente:

Penas señaladas al delito	Primera reincidencia	Segunda reincidencia	Tercera reincidencia
Destierro perpetuo de lugar determinado	El mismo destierro después de dos años de prisión	Idem con cuatro años de prisión	Idem con seis años de prisión
Infamia	Infamia con un año de trabajos de policía	Idem con dos años de los mismos trabajos.	Idem con tres años de ídem
Privación de empleo o cargo	Privación con inhabilitación de obtener otro empleo o cargo público.	Privación con inhabilitación perpetua.	Privación con inhabilitación y dos años de prisión.
Apercibimiento	Apercibimiento con tres meses de arresto.	Idem con seis meses de ídem	Idem con nueve meses de ídem
Sujeción a la vigilancia de las autoridades	Idem con tres meses de arresto.	Idem con seis meses de ídem.	Idem con nueve meses de ídem.

Artículo 129.- En ningún caso se entiende que hay reincidencia, si no es que se comete segundo delito de la misma naturaleza que el primero.

Artículo 130.- El que habiendo sido condenado por algún delito cometa otro, por diferente que sea dentro de los términos respectivamente expresados en los artículos 125 y 126, tendrá contra sí por esta razón una circunstancia agravante del segundo delito.(*)*

Olga Islas de González Mariscal, criticó este Código, aduciendo que existen innumerables semejanzas con el Código de 1822 español.

* Véase INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES. LEYES PENALES MEXICANAS I. México 1979. págs. 37 y 38.

En cuanto al tema de nuestra investigación, Islas González Mariscal argumenta que: “la sección III titulada “De las circunstancias que agravan o disminuyen el delito y de las que se deben aplicar cuando concurren diversos delitos, sigue casi literalmente lo expuesto al respecto en el Código Español; que puede advertirse que únicamente considera la reincidencia específica, pues la reincidencia genérica no se contempla como reincidencia sino como circunstancia agravante del segundo delito, según nos informa el artículo 130, que reconoce para la reincidencia la prescripción, cuyo término varía según la pena señalada para el delito cometido ...existe una incongruencia al establecer a la vez el arbitrio judicial y un sistema de atenuantes y agravantes, que existe un rechazo a la analogía contenida en el Código Penal español de 1822”.³

Por su parte, Carrancá y Trujillo, dice que: “...consigna francas anticipaciones a la penología moderna... pudiéndose admitir sin lugar a dudas, que el Código de 1835 veracruzano, seguido por el decreto que lo modifica y adiciona, influyó en la total legislación penal mexicana”.⁴

Este Código señala que para la configuración de la reincidencia, se tenían que cumplir con ciertos requisitos, como lo son:

- 1) el de haber cumplido la condena, o bien si obtuvo el indulto volviere a cometer el mismo delito
- 2) dentro de los dos años siguientes al cumplimiento de la condena o indulto y cinco años si se trata de delitos de mayor gravedad (podemos decir que se establece una reincidencia por tiempo determinado),

³ PORTE PETIT, CELESTINO, Op. Cit. pág. 14

⁴ Véase Revista CRIMINALIA XXI, No. 1, febrero 1965, México, pág. 262.

- 3) no hay reincidencia si el delito que se comete no es de la misma naturaleza que el primero (aquí nos establece una reincidencia específica) y
- 4) no se contempla la reincidencia genérica, pero sí se marca como una circunstancia agravante, siempre y cuando sea dentro del término de dos o cinco años según sea el caso, para cometer el segundo delito.

En este Código se le deja al juez, como una facultad, el aumento de la pena, cuando se comete reincidencia por primera vez, estableciendo en las posteriores, unos límites a las penas. Algo muy importante es lo relativo, a que solo se tenía en cuenta la reincidencia, si el delito que se cometía posteriormente era de la misma naturaleza que el anterior, dejando fuera a delitos de mayor gravedad.

1.2. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA SOBRE DELITOS DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA FEDERACION DE 1871

El C. Presidente de la República Mexicana, Lic. Don Benito Juárez, ordenó que se nombrara una comisión para que se formulara un proyecto de Código Penal. Así, el Ministro de Justicia C. Jesús Terán, nombró en el año de 1861 una Comisión integrada por los Licenciados Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Manuel Zamacona y Antonio Martínez de Castro. Tiempo después sustituyó el Lic. Don Carlos María Saavedra al Lic. Ezequiel Montes. Esta comisión estuvo trabajando hasta el año de 1863, interrumpiendo sus labores con motivo de la invasión francesa.

El mismo Lic. Don Benito Juárez, una vez restablecida la paz, vencida la intervención francesa, al ocupar la capital de la República y organizar su gobierno, tras la terrible lucha armada; por conducto del Ministro de Justicia e Instrucción Pública, el 28 de septiembre de 1868, nombró una nueva Comisión con objeto de continuar los trabajos que se habían interrumpido, recayendo dichos nombramientos en las personas del Lic. Antonio Martínez de Castro, como Presidente, y de los licenciados Manuel Zamacona, José María Lafragua, Eulalio María Ortega, como miembros; y el licenciado Ludalecio Sánchez Gavito, como Secretario.

“La necesidad de la codificación misma es lo primero que establece Martínez de Castro en la Exposición de Motivos del Código en comento, para no continuar “como hasta aquí -dice- , sin más ley que el arbitrio, prudente a veces y a veces caprichoso, de los encargados de administrar justicia”.⁵

La comisión redactora, se preocupó primordialmente por traducir las necesidades del país mismo, por hacer al fin, una legislación para México y para el pueblo mexicano. Pero como no podían crear de la nada, no podían dejar de inspirarse en la Escuela de Derecho Penal que alentaba en todas las legislaciones penales vigentes entonces, y que acababa de dar vida al Código Español de 1870. Así fue como el Código Mexicano fundamenta en los postulados de la escuela clásica y admite un leve espíritu positivo, pues no obstante el clasicismo de este ordenamiento debe aceptarse que existe en él una mínima influencia positiva.

⁵ GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. El Código Penal Comentado. 12ª edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1996, pág. XVIII.

El Código Penal de 1871, consta de 1152 artículos y 28 transitorios, el Título Preliminar tiene 3 artículos. En el Libro Primero se denomina “De los Delitos, Faltas, Delincuentes y Penas en General”, que contiene 7 títulos; el Título Primero habla de “Los Delitos y Faltas en General y III. Acumulación de Delitos y Faltas. Reincidencia.”

A continuación se transcriben los artículos correspondientes:

“Artículo 29.- Hay reincidencia punible: cuando comete uno o más delitos, el que antes ha sido condenado en la República o fuera de ella por otro delito del mismo género, o procedente de la misma pasión o inclinación viciosa; si ha cumplido ya su condena o sido indultado de ella, y no ha transcurrido además del término de la pena impuesta, una mitad del señalado para la prescripción de aquélla.

Artículo 30.- La reincidencia no es punible en las faltas, sino cuando la ley lo declare expresamente.

Artículo 31.- En las prevenciones de los artículos 27 (acumulación) y 29 se comprenden los casos en que uno solo de los delitos, o todos han quedado en la esfera de los frustrados, de intentados, o de simples conatos, sea cual fuere el carácter con que haya intervenido en ellos el responsable”.”

** Véase INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES. Op. Cit. pág. 374

Introdujo notables conceptos este Código, que revelan el mérito indiscutible, con relación a su tiempo. Por lo que se refiere a la métrica penal aplicable a los delitos varios, el Código estableció rigurosa, a base de la enumeración de circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad.

En materia de reincidencia, el Código de 1871, Martínez de Castro, expresa lo siguiente :

“En efecto, la justicia y el interés social exigen que se castigue con mayor severidad al que reincide, no solo porque la repetición del delito revela mayor perversidad y audacia en el delincuente, sino porque esto acredita con su conducta que el castigo que antes se le aplicó era insuficiente para reprimirlo, y porque siendo mayor la alarma que causa a la sociedad, debe imponérsele una pena más ejemplar y de mayor eficacia. Además, si es un principio generalmente admitido que la mala conducta anterior del condenado es motivo bastante para aumentarle la pena y si esa circunstancia se ha considerado siempre, como agravante, no hay razón por cierto, para desentenderse de ella cuando esté plenamente probada por una sentencia anterior.”⁶

Apoiada en estos fundamentos, y siguiendo las doctrinas generalmente admitidas, adoptó la Comisión las reglas que contiene el artículo 217, en las cuales procuró tener un justo medio entre los extremos que deja indicados.

Con todo, el Código significó un positivo adelanto en las instituciones jurídicas mexicanas, pues consagró conquistas tan apreciables - anticipándose en esto el

⁶ CENICEROS, JOSE ANGEL. Ley Penal Mexicana. Editorial Botas. México. 1934, pág. 84.

señor Martínez de Castro a reputados tratadistas posteriores-, como la libertad preparatoria o dispensa condicional de una parte del tiempo de prisión a los reos que observaran buena conducta, posteriormente consagradas en las legislaciones contemporáneas.

Podemos analizar que se contemplan los delitos cometidos fuera de la República, pero se requiere que sean del mismo género, es decir, esta presente la reincidencia específica, ya que tiene que cometerse el delito del mismo género o de la misma pasión o inclinación viciosa que el anterior. Además se establece un tiempo, y este es determinado ya que debe de transcurrir el término de la pena impuesta y una mitad del señalado para la prescripción de la pena. Este Código establece algo novedoso respecto al Código anterior, al contemplar que también se da la reincidencia, si el delito queda en tentativa, independientemente de cual haya sido la intervención del responsable.

1.3 CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929

En el año de 1912, una nueva comisión presidida por Don Miguel S. Macedo, presentó un proyecto de reformas al Código de 1871, no habiéndose reconocido legalmente en virtud de que nuestro país se encontraba bajo la convulsión revolucionaria.

Al ir paulatinamente recuperándose la paz pública, la inquietud reformadora volvió a tomar cuerpo hasta que a fines de 1925, el Presidente de la República,

Emilio Portes Gil, nombró por conducto del Secretario de Gobernación, una comisión para que se redactara un Código para el Distrito Federal y Territorios Federales, recayendo los nombramientos en los señores Lics. Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedraza y Castañeda. Posteriormente en el año de 1926, fue nombrado para sustituir al Lic. Castañeda, el Lic. José Almaraz.

Es el 5 septiembre de 1929, cuando se publica en el Diario Oficial de la Federación un nuevo Código Penal, formado por 1233 artículos y el cual “ha sido gravemente criticado por sus notorias contradicciones, irregular estructura y deficiente redacción, que lo hacía inaplicable; sin embargo fue defendido enérgicamente por José Almaraz, miembro principal de la comisión redactora. No estableció diferencias esenciales con el anterior; mantuvo el catálogo de agravantes y atenuantes...”.⁷

Comienza con un Título Preliminar: Libro I “Principios Generales, reglas sobre responsabilidad y sanciones”; y contiene 6 Títulos, y el que nos interesa es el IX.- “De los reincidentes y de los habituales”; que se contemplan en los siguientes artículos:

“Artículo 64.- Es reincidente: el que comete uno o más delitos aunque sean conexos, si antes ha sido condenado por alguno en la república o fuera de ella, siempre que se ejecuten en actos distintos.

⁷ CORTES IBARRA, MIGUEL ANGEL. Derecho Penal. 4ª edición, Cárdenas Editor. México 1992, pág. 33

Artículo 65.- Si el reincidente comete un nuevo delito, será considerado como delincuente habitual, siempre que la naturaleza y modalidades de los delitos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales o el régimen de vida, prueban una tendencia persistente al delito.

Además de las anteriores condiciones, será indispensable para que un delincuente sea considerado como habitual; que las tres infracciones cometidas lo hayan sido en un periodo que no exceda de diez años.

Artículo 66.- En las prevenciones de los artículos anteriores se comprenden los casos en que uno solo de los delitos; o todos, queden en la esfera de simples tentativas, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable.”*

Estos legisladores estimaron que la reincidencia es solo un síntoma del estado peligroso de un individuo, y que la habitualidad concierne a los delincuentes que hacen del delito un oficio, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que establece dicho artículo. Por otra parte, los autores del Código de 1929 consideraron que la reincidencia no es siempre un índice de grave peligrosidad, pues ésta depende de las circunstancias especiales del delito y del delincuente, tomando en cuenta la temibilidad del delincuente, como lo establecía el artículo 161.

El Código analizado hace distinciones en cuanto a la sanción de la reincidencia, apartándose del criterio de agravar la pena hasta el máximo, contempla las

* Véase DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, publicado el 5 de octubre de 1929, tercera sección, pág. 27

condenas impuestas fuera de la República, esto es que no solo se limita a los delitos cometidos en el territorio nacional, pero no especifica si dicha condena ya sea nacional o fuera de ella tenga que ser cumplida o no, para poder establecer la reincidencia. En cuanto al tiempo, no lo señala, por lo que debemos entender que es una reincidencia por tiempo indeterminado, únicamente para considerar al delincuente habitual, previo a su reincidencia, nos marca que dichas infracciones, se hayan realizado en un periodo que no exceda de diez años.

Se tiene que los delitos que queden en grado de tentativa, serán considerados, para la reincidencia, algo importante ya que los anteriores Códigos, no hacen mención al respecto.

En cuanto a la individualización judicial el artículo 161 nos marcaba que: “Dentro de los límites fijados por la ley los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando éste como un síntoma de la temibilidad del delincuente”.

No obstante que tal era la inspiración bajo cuyo signo nació el Código de 1929, éste no cumplió su objeto ni técnicamente ni en la práctica de su aplicación, debido a que, por lo que toca a la técnica, los principios esenciales se encontraron nulificados, negados categóricamente en el desarrollo de su propio articulado. Y por lo que se refiere a la práctica, a sus omisiones, contradicciones, reiterados reenvíos y duplicidad de conceptos dificultaban la aplicación sencilla de sus principios sustantivos.

José Angel Ceniceros⁸ manifiesta que los autores de este Código lograron que su estructura realizara real y efectivamente el pensamiento positivista que los animó, en cuanto a que se incorporaron a la legislación mexicana los principios doctrinarios de Ferri, aunque sin crear en torno de ellos todo su sistema de articulado nuevo, que sustituyera la del viejo Código, pues se conformaron con adicionar, mejor dicho, con superponer a lo existente, los postulados teóricos de la nueva escuela y con una técnica jurídica imperfecta que fue una de las causas importantes del fracaso que tuvo el poco afortunado ordenamiento.

1.4. CODIGO PENAL FEDERAL DE 1999

Esta nueva denominación de “Código Penal Federal”, obedece a las recientes reformas del 18 de mayo de 1999, al establecernos en el artículo 1º que: “este Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal”⁹. Es importante mencionar que este Código ha tenido diversas reformas, ya que en realidad data de 1931, donde se le denominaba Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, y el nacimiento de este Código se remonta al requerimiento de substituir las normas punitivas de 1929, que fueron combatidas por la opinión pública a causa de su acusado positivismo, a las contradicciones considerables de sus disposiciones y a las reformas de organización con poco conocimiento de nuestra realidad judicial.

⁸ Cfr. CENICEROS, JOSE ANGEL. Código Penal de 1929 y datos preliminares del nuevo Código Penal de 31, Editorial Botas. México. 1931. pp. 10-14.

⁹ Véase DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, publicado el 18 de mayo de 1999

Siendo Presidente de la República el Ingeniero Pascual Ortiz Rubio y Secretario de Gobernación el Licenciado Emilio Portes Gil, se integró una comisión para el estudio y reforma de las leyes penales. Los comisionados fueron: Don Alfonso Teja Zabre y Don Carlos L. Angeles, por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; Don Ernesto G. Garza, por los jueces penales; Don José López Lira por la Procuraduría General de Justicia del Distrito; y por el Ejecutivo, José Angel Cenicerros.

Fue una Ley sencilla, de fácil manejo y con un articulado reducido, pues frente a los 1,300 artículos del Código de Almaraz (1929), el Código de 1931, solo tenía 390.

“La Comisión Redactora del Código de 1931, tuvo que conciliar las nuevas orientaciones de la ciencia penal que estiman indispensable la existencia de un suficiente arbitrio judicial como medio para realizar una eficaz individualización de las penas, pero sin olvidar la realidad de la vida jurídica mexicana, que se caracteriza por la falta de elementos técnicos y económicos, y por la desconfianza que se tiene a los funcionarios judiciales, ya porque se dude de su capacidad ya porque se teme que se dobleguen ante el poder, se rindan ante la amistad o se vendan ante el dinero”.⁹

El conjunto de leyes penales, que no se sujetó ni a la Escuela Clásica ni a la Positiva (aunque con mayor inclinación de esta última), estableció varias innovaciones, entre las que se encuentran: la ampliación del arbitrio judicial en la aplicación de la pena; desaparición del catálogo de agravantes y atenuantes, la

⁹ CENICEROS, JOSE ANGEL. Un discurso sobre el Código Penal. Bosquejo de una sociología de la delincuencia. Editorial la Justicia, México, 1977, pp 11-15

acción de reparación del daño exigible al responsable; se limitó en su ejercicio al Agente del Ministerio Público; desaparecieron las diversas formas de tentativa, entre otras.

A fin de clarificar la tendencia de este nuevo Código, resulta pertinente transcribir un extracto de la exposición de motivos:

“Ninguna escuela ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Solo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática y realizable. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples, es resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales; por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc., pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social, el ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y orden. La escuela positiva tiene valor científico como crítica y como método. El Derecho Penal es la fase jurídica y la Ley Penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito. La manera de remediar el fracaso de la escuela clásica no la proporciona la escuela positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución”.¹⁰

Este Código actualmente está conformado por 2 libros con un total de 429 artículos. El Libro Primero, Título 1º, Capítulo VI.- “Reincidencia”, que es el que nos interesa por ser la materia de nuestro estudio, se enfrenta con el problema, desde el punto de vista que por desgracia la situación del individuo

¹⁰ CORTES IBARRA, MIGUEL ANGEL, Op. Cit. pp. 33-34

que después de haber sido declarado culpable por los tribunales comete otro delito o delitos, siendo esto cada día más frecuente en nuestros días por virtud de la falta de apoyo social para el que ha delinquido; y también por la ausencia de eficaces medios en el interior de las cárceles para lograr la efectiva readaptación de los reos.

Esta legislación sustenta el criterio de que la reincidencia debe considerarse como un índice de peligrosidad, y que por lo tanto es necesario aumentar la pena para este caso, pero se aparta de la ley de 1929 pues hace una distinción entre reincidencia genérica y específica. Siendo la primera aquella que distingue si la reincidencia es o no en el mismo género de infracciones; y, la segunda, si ésta es originada por igual pasión o inclinación viciosa.

Aunque surgieron dudas en la Comisión redactora, sobre la eficacia de la represión agravada contra los reincidentes, finalmente prevaleció la doctrina tradicional.

De acuerdo con el plan de reprimir la reincidencia, como agravante del delito en general, el Código de 1931 aceptó que para estimarla no solamente sirvieran de base las penas impuestas por los tribunales nacionales, sino que debían tomarse también en cuenta las impuestas por los tribunales extranjeros, tal como se hubiera establecido en dichas legislaciones.

También admite que la condena sufrida en el extranjero se tome en cuenta si proviene de un delito que tenga este carácter en el Código o en las leyes especiales.

La definición de reincidencia está concebida en el artículo 20, que dice: "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".

El Código en comento, no sostuvo que el mínimo de la prescripción para el caso de la reincidencia, debería de ser de dos años -como en otras legislaciones- (el Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835) y por lo mismo, en muchos casos de penas cortas de prisión o de sanción pecuniaria que conforme al artículo 113 del Código Penal prescriban en menos de 2 años, no es posible estimar a los responsables como reincidentes, quebrantándose así el principio sustentado por el Código de que debe combatirse con toda energía al reincidente, pues no se trata de un delincuente ordinario, ya que realiza un delito después de haber sido sentenciado por otro u otros.

"El Código de 1931, sigue la doctrina expuesta por Chauveau y Helie, estimando como más peligrosa la reincidencia específica, pues en su concepto ésta demuestra la existencia de un impulso criminal profundamente arraigado, cosa que hace más peligroso al delincuente (Arts. 21, 65 y 66 del Código Penal en comento)".¹¹

¹¹ CENICEROS, JOSE ANGEL. Op. Cit. pág. 86

Este Código considera como delincuente habitual al que en un período que no exceda de diez años, cometa 3 infracciones del mismo género o procedentes de la misma pasión o inclinación viciosa, ya que la reincidencia específica se considera como un síntoma grave del estado peligroso del individuo, y en atención a que la fórmula dada por el legislador de 1929, aunque es clara y precisa, fue impracticable en nuestro medio, porque requería de un análisis profundo del delincuente que no podría hacerse por falta de especialistas y de establecimientos apropiados para su estudio.

Tratándose de la reincidencia por delitos dolosos calificados por la ley como graves, la agravación es fuerte, pues puede imponerse por el último delito cometido, la pena que corresponda aumentada hasta dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena prevista para este. La reincidencia genérica se sanciona de acuerdo al arbitrio del juez. Por lo tanto, la reincidencia, como circunstancia de agravación es extensiva a todos los delitos. Pero de acuerdo con el artículo 52 del ordenamiento punitivo (arbitrio del juez) los jueces pueden aumentar o disminuir tal agravación estimando el estado peligroso del delincuente.

CAPITULO II

LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL FEDERAL

CAPITULO II. LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL FEDERAL

2.1. NATURALEZA JURIDICA DE LA REINCIDENCIA

La reincidencia es, una agravante de la pena en la comisión de un delito, ya que existe un aumento del contenido del injusto que no proviene de la afectación mayor de bienes jurídicos, sino del mayor peligro en la sociedad derivado de la conducta personal del que los comete.

Es decir, si la sola comisión de varios delitos es ya un signo de mayor propensión y peligrosidad, la circunstancia de incurrir en el nuevo delito después de que una sentencia hizo saber al reo, de manera concreta y enfática, la gravedad antisocial de su conducta y sus consecuencias penales, demuestra todavía mayor desprecio por el interés social, por la ley, por el orden y por todo cuanto se trata de preservar y mantener el Derecho Penal; entonces, si la sanción que ya se impuso no fue suficiente para reprimir las conductas de este individuo, será necesario imponer mayor sanción u otra clase de medidas y de allí el cambio o la agravación de la pena.

Santoro y Vannini; han conciliado las dos afirmaciones anteriores sobre peligrosidad y resistencia a la pena, “cuando combatiendo la tendencia a considerar la cronicidad del delito como mera circunstancia agravante, llamaron la atención sobre que se trata de una forma de proceder que a la vez significa

perseverancia en el impulso criminal y carácter refractario a la represión y a la enmienda, lo cual revela una personalidad más perversa y temible.”¹²

Domina en la doctrina y en el derecho positivo el criterio de que basta que exista y se haya notificado la sentencia por el delito precedente, para que la nueva infracción se considere dentro de los cánones de la reincidencia; en este sistema, sólo cabría distinguir si el nuevo delito se comete antes de cumplir la pena impuesta, durante ese cumplimiento o después de purgada la sanción, para estimar esa circunstancia, de acuerdo con los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente; es decir que el juez conforme a su arbitrio deberá valorar tal circunstancia e imponer la pena respectiva, -con todas las ventajas e inconvenientes del arbitrio judicial-.

No todos se han conformado con la tesis de un aumento en la penalidad correspondiente a la reincidencia.

Por su parte Eugenio Florian, sostiene que: “no siendo la reincidencia otra cosa que una presunción desfavorable al acusado, presunción que puede ser destruida por las causas del hecho, la ley debe dejar al juez la facultad de agravar la pena sin imponerle la obligación de hacerlo.”¹³

Encontramos al respecto que:

¹² VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. 5ª edición, Ed. Porrúa S. A., México 1990, pág. 510.

¹³ VILLALOBOS IGNACIO, Ob. Cit. pág. 511

“El artículo 20 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, prescribe que existe 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 por la ley; y los artículos 100, 101 y 103 del propio ordenamiento establecen que por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones, que la prescripción es personal y para ella basta el simple transcurso del tiempo señalado por la ley; que los términos para la prescripción de las sanciones serán continuos y correrán desde el día siguiente a aquel en que el condenado se sustraiga a la acción de la autoridad, si las sanciones son corporales, y si no lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoria; que la sanción pecuniaria prescribirá en un año, que las demás sanciones se prescriben por el transcurso de un término igual al que debían durar y una cuarta parte más, pero nunca excederán de quince años, por lo que sí de autos aparece que determinada persona fue condenada por el delito de robo, a sufrir una sanción de veinte días de utilidad, a razón de dos pesos por día, o en su defecto, cuarenta días de arresto y multa de quince pesos, o en su lugar, quince días más de arresto, y desde la fecha de la sanción impuesta a la misma, hasta la comisión del nuevo delito, no ha transcurrido el término que la ley fija para la prescripción de la sanción; es inadmisibles que dicha persona tiene el carácter de reincidente en el delito de robo, puesto que no se llenan todos los requisitos necesarios para que exista la reincidencia, toda vez que hay anterior, por una infracción del mismo orden; ésta fue irrevocable, la pena impuesta, aún tuvo el carácter de pecuniaria, es una condena de índole penal, la sanción fue impuesta por un tribunal de la República, y la condena anterior fue consecuencia de un

acto punible independiente del que se trata de castigar.”(Semanao Judicial de la Federación, XLI, pp. 1003-1004.)

En el pasado se discutió si era agravante de la pena o de la imputación. Existen dos teorías que tratan de explicar la reincidencia: a) La Teoría de la insuficiencia de la pena ordinariamente impuesta y b) La Teoría de la mayor peligrosidad.

Respecto a la Teoría de la Insuficiencia de la Pena ordinariamente impuesta, algunos doctrinarios sostienen que una agravante de la pena, la recaída en el delito --explican-- demuestra que ni la amenaza de la pena, ni el dolor de ella bastaron para apartar al reo para cometer un delito; por lo que está claro que para él la cantidad de la pena ordinaria es insuficiente, y que esto debe agravar el castigo común. Más no por esto el delito cometido por el delincuente es más grave, o que es mayor la cantidad de la imputación.

“La agravación de las penas en los casos de reincidencia se funda en la falta de enmienda del delincuente, a pesar del castigo que se le haya impuesto, lo cual exige mayores sanciones que las que ordinariamente se le aplicarían, puesto que la insistencia en el delito revela mayor peligrosidad.” (Anales de Jurisprudencia, XXII, pág. 625)

Por lo que hace a la Teoría de la Mayor Peligrosidad otros autores afirman que la reincidencia se justifica a causa de la mayor peligrosidad del reo, demostrada en su obstinación en violar las leyes, a pesar de haber intervenido la acción del poder punitivo. Puesto que la peligrosidad es la medida de probabilidad de que un individuo delinca en el futuro, o bien la presunción de que quebrantará la ley

penal. Razón por la cual se debe considerar como causa de agravamiento de la imputabilidad y no de la pena. Aquí se dice que “un reincidente es más peligroso que una persona que por primera vez haya transgredido el ordenamiento jurídico-penal.”¹⁴

La reincidencia reviste toda la personalidad del reo, el cual, al perseverar en el delito, al portarse como refractario al poder represivo y educativo de la pena, se muestra más perverso y temible. El pasado del reo, inseparable de su personalidad, se refleja sobre el nuevo delito y exige que este sea castigado gravemente, no por ser más grave el acto criminal, sino porque este parece un síntoma de mayor perversión y delincuencia.

De esta forma, puede decirse que la reincidencia influye sobre la imputabilidad y no sobre la pena, pues se estaría en el entendido que la reincidencia es una circunstancia subjetiva y la reincidencia no puede ser una simple circunstancia porque no tiene nada de accidental, sino que es expresión esencial y fundamental de carácter del delincuente. Sólo éste, en realidad, es el “reincidente” no el delito.

En cuanto hace a la individualización judicial de la pena nuestro Código Penal toma en cuenta la peligrosidad o temibilidad del autor del delito, para la aplicación de las penas (tema que trataremos más adelante). Esta circunstancia no quiere decir que la reincidencia toma como fundamento la teoría de la mayor peligrosidad, o se fundamente el agravamiento de la pena a un reincidente de acuerdo a su peligrosidad.

¹⁴ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Universidad Nacional Autónoma de México, Décima Edición, Editorial Porrúa S.A., Tomo IV México 1997, pág. 2766

El artículo 20 del Código Penal, establece unos requisitos, para que se configure la reincidencia, entre otros, el de haber una sentencia ejecutoria y que se haya cumplido la condena, entonces creemos que la Teoría de la Insuficiencia de la pena ordinariamente impuesta esta plasmada en la figura de la reincidencia, puesto que ésta exige que previamente exista una condena y que se haya purgado la pena, de ahí se parte de la conminación del autor en seguir delinquir, ya que persiste en su conducta, y la pena que se le impuso al delito cometido en primer término, misma que tiene que ser cumplida , indica que no le fue suficiente, cuestión por la que se agrava la pena, al cometer un nuevo delito.

Hay desde luego, varias cuestiones por las que un sujeto, vuelve a delinquir, no el hecho de que sea reincidente, va a implicar que a ese sujeto, la pena impuesta en primer término, le fue insuficiente. Por lo que hace, a la Teoría de la Mayor Peligrosidad, hay desde luego, varios aspectos que también son válidos, y se aplican en la reincidencia esto al hacer el juez la individualización de la pena, al tomar en consideración la peligrosidad o temibilidad del sujeto, dando como consecuencia un agravamiento de la pena. Ambas teorías establecen la naturaleza jurídica de la reincidencia.

2.2 CONCEPTO DE REINCIDENCIA

Reincidir es volver a incidir; pero en el sentido jurídico-penal la reincidencia se distingue del concurso de delitos, con el que tiene común la pluralidad de

infracciones cometidas por el mismo sujeto, en que la recaída debe ocurrir después de que el delito anterior ha sido juzgado, es decir hay sentencia firme y solo es digna de tomarse en consideración cuando no ha transcurrido, entre los delitos cometidos, un tiempo que impida ya relacionar ambas infracciones como antecedente de una especial peligrosidad del sujeto, esto es que no haya transcurrido la prescripción que exige la ley para poderlos tomar en cuenta.

Esta limitación temporal, reconocida por nuestro Código y por la mayoría de las legislaciones y de los tratadistas, no carece de impugnadores, como los positivistas que parecen fieles a su concepto de la delincuencia como anomalía y no se explican porque se suponga que esta calidad se tenga por modificada por accidentes externos como el tiempo, contra el síntoma del nuevo delito que no consiente hipótesis de regeneración o enmienda y que, si se manifiesta después de mucho tiempo, demuestra más profundo arraigo en la propensión que debe reprimirse. Como legislaciones que no reconocen la eliminación de la reincidencia por el transcurso del tiempo, se pueden citar los Códigos Italiano, el de Grecia, el Egipcio, el de Nueva York, el Austríaco y el Inglés.

Quienes desechan el criterio de agravación después de un lapso de tiempo, manifiestan que de haber una verdadera propensión al delito debería mostrarse antes de transcurrir mucho tiempo; un lapso considerable de buena conducta significa que no hay tendencia especial a delinquir o que el reo se había corregido, pudiendo atribuirse la recaída a causas ocasionales, de provocación especial, etc.

Varios autores definen a la reincidencia de una forma diferente, pero coinciden que es una repetición, una reiteración a cometer un delito por un sujeto quien ya anteriormente ha sido sentenciado por otro delito. Al respecto se señalan a unos autores, así como lo que establece nuestro Código Penal Federal, así tenemos a:

a) **GIUSSEPE MAGGIORE**. Este tratadista define la reincidencia como la recaída en el delito después de una condena anterior.¹⁵

La reincidencia es, pues, un aspecto del concurso de delitos, con esta diferencia: que en el simple concurso hay una persona llamada a responder de varios delitos, sin haber sido condenada por ninguno de ellos, mientras que la reincidencia supone que haya habido condena irrevocable por uno o varios delitos anteriores. Lo irrevocable de la condena excluye que pueda recaer un nuevo juicio sobre el delito antiguo; pero hace en él una condición personal, que agrava la imputabilidad del reo.

La reincidencia, -como causa de un tratamiento más crudo del reo-, tiene sus raíces en el derecho romano, que varias veces hizo más dura la pena de los reincidentes, porque -continua- tratados con mayor clemencia perseveraron en el mismo designio temerario.

La doctrina moderna está dividida en su criterio acerca de que si la reincidencia debe ser una atenuante o una agravante de la pena.

¹⁵ Cfr. MAGGIORE, GIUSSEPE. Derecho Penal. Tomo II, 5ª edición. Ed. Temis. Bogotá, 1972, pág. 197

Los que se encuentran en contra de la reincidencia, arguyen que la caída en el delito depende con frecuencia de condiciones y circunstancias sociales no imputables al reo, y que no es justo hacer pesar sobre ésta, por segunda vez, un delito ya expiado. Algunos añaden que, la reincidencia debe obrar como causa de atenuación, porque el reincidente obra impulsado fatalmente por la costumbre, y por lo tanto, con menos conciencia del mal que ha hecho y con menor libertad.

Por su parte, la escuela positivista enseñó que la recaída en el delito, debe estudiarse en cada delincuente, como un indicio de peligrosidad y de antisocialidad, más no como una entidad jurídica abstracta; que, por lo mismo, no se le puede conferir valor preestablecido y absoluto de agravante, ni hacerle seguir siempre como efecto un aumento de pena. Este aumento deberá ser facultativo y dejarse al prudente arbitrio del juez, quien puede también cambiar de género de pena establecido para el delito cometido de nuevo.

Estas son las posiciones que analiza Maggiore, y concluye diciendo que: “Hoy está casi universalmente admitido como causa de mayor imputabilidad. Quien sordo a los llamamientos de ley, recae en el delito, después de una condena anterior, demuestra voluntad antijurídica al orden constituido, peligrosidad inmanente en su carácter criminal, y por lo mismo parece merecedor de una medida represiva y preventiva más rigurosa que la del delincuente ordinario.”¹⁶

b) EUGENIO CUELLO CALON. Este autor nos expresa que, entre las causas agravantes de la culpabilidad, destaca por su trascendencia, por ser reveladora

¹⁶ Ibidem, pág. 199.

de una especial peligrosidad, la reincidencia. Su valoración y tratamiento es actualmente uno de los problemas más graves entre los planteados en el derecho moderno. El continuo aumento de la reincidencia y de la criminalidad profesional, que en todas partes se señala, prestan cada día mayor interés a la cuestión.¹⁷

“Reincidencia (de recidere, recaer) significa la situación del individuo que después de haber sido juzgado y definitivamente condenado comete otro, u otros, en determinadas condiciones”.¹⁸

Sin embargo, --finaliza--, el reincidente no es siempre un delincuente crónico peligroso, la reincidencia es a veces un producto de un influjo ocasional pasajero, por ejemplo una situación económica angustiosa que puede no volver a presentarse; pero muchas veces los reincidentes son individuos inclinados al delito, de una persistente conducta criminal y pertenecientes a una clase social en extremo peligrosa, son considerados como sujetos socialmente peligrosos que necesitan un tratamiento especial. La reincidencia es la base común de las gravísimas variedades criminales que se denominan: delincuentes habituales, delincuentes profesionales y delincuentes incorregibles.

c) **EUGENIO RAUL ZAFFARONI**. Para este autor, el peligro de alarma social deriva de la realización anterior de uno o más delitos. En otras palabras: el injusto afecta la seguridad jurídica, tanto en su aspecto objetivo (lesión de

¹⁷ Cfr. CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal, Tomo I. Parte General, 18ª edición. Ed. Bosch, España, 1981, pág. 613.

¹⁸ Idem.

bienes jurídicos) como en su aspecto subjetivo (sentimiento de seguridad jurídica, es decir, alarma social). La anterior comisión de otros delitos hace que el último injusto, en ciertos casos, sea más grave, porque si bien no afecta más bienes jurídicos provoca una mayor alarma social.¹⁹

En estos casos en que es mayor la lesión a la seguridad jurídica porque afectan en mayor medida su aspecto subjetivo (provocando mayor alarma social que la que usualmente corresponde a la lesión objetiva de bienes jurídicos) se pueden clasificar en: reincidencia, tercera reincidencia, multireincidencia y concurso real calificado (éste no requiere condena anterior, basta la comisión del número de delitos que se indican en la Ley).

Los primeros tres supuestos --continúa-- en que se requiere la existencia de condenas anteriores, sucede que, cuando un sujeto ha sido condenado y no ha cumplido la pena, o cuando la ha cumplido y pese a ello torna a delinquir, la imagen del derecho como proveedor de seguridad jurídica sale un tanto maltrecha del trance y el sentimiento de seguridad de la existencia se resiente en mayor medida, por más que la afectación de bienes jurídicos sea la misma que si delinquiese por vez primera.

En el derecho comparado, la reincidencia requiere siempre la comisión de un delito después de una condena.

El concepto legal de reincidencia que da el Código Penal Argentino, en su artículo 50 establece que: "Habrá reincidencia siempre que el condenado por

¹⁹ Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1977, pág. 635.

sentencia firme, a una pena privativa de libertad, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito, aunque hubiera mediado indulto o conmutación”.

Dentro de este sistema legal, las condenas apenas de multa e inhabilitación no constituyen presupuesto de la reincidencia, sino sólo las condenas a reclusión o a prisión. La condena impuesta condicionalmente debe también computarse a los efectos de la reincidencia mientras dure la condicionalidad.

Para la reincidencia no es suficiente un nuevo procesamiento, sin una nueva sentencia condenatoria a pena privativa de libertad. Antes de la segunda sentencia firme el sujeto no puede ser considerado reincidente, y tampoco puede serlo si en la segunda sentencia se ha omitido declararlo reincidente y aplicarle la pena conforme a esa circunstancia.

El segundo párrafo del artículo referido, dicta que también se tomarán en cuenta la condena sufrida en el extranjero, pero requiere que esas condenas además de ser por delitos que, según la legislación aplicable, puedan dar lugar a extradición, se hayan cumplido. Esto obedece a que hay procedimientos extranjeros que permiten la condena en rebeldía, es decir, sin que el procesado se entere del proceso ni la sentencia, es necesario relevar esas condenas a los efectos de la reincidencia, de modo que exige que la condena se haya “sufrido”.

El último párrafo del artículo 50 que analiza Zaffaroni, establece: “Solo la primera condenación no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia,

cuando hubiere transcurrido otro término al de aquella, que nunca excederá de diez años ni será inferior a cinco”.

Conforme a esta disposición, prescribe el antecedente penal a los efectos de la reincidencia sólo la primera vez, es decir, en la primera condenación, transcurridos como mínimo 5 años y como máximo 10. Esa sentencia no podrá tomarse en cuenta para la reincidencia ni para la tercera reincidencia como tampoco para la multireincidencia.

Los efectos de la reincidencia, señala, son que la escala penal se agravará en un tercio del mínimo y del máximo.

d) **Código Penal Federal.** Contiene un capítulo especial denominado “Reincidencia” y abarca los artículos 20 al 23, los que estudiaremos a continuación.

“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 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”.

La reincidencia da por resultado un aumento de penalidad en el último delito juzgado. Podemos observar que el código no distingue en este artículo, y por

tanto comprende igualmente, a la reincidencia genérica - reiteración criminal en variados tipos legales del delito--, y a la reincidencia específica --reiteración criminal en tipos de delitos comprendidos en una misma clasificación legal-.

Francisco González de la Vega considera que “la condición de que no haya transcurrido término igual al de la prescripción de la pena del primer delito, es criticable, porque en las penas de corta duración imposibilita prácticamente declarar reincidencias a muchos reiterantes peligrosos”.²⁰

Al igual que el Código Penal Argentino, se requiere para la reincidencia, de una sentencia ejecutoria y que, en caso de que sea dictada en el extranjero, haya sido cumplida en ese lugar. Posteriormente se analizan los requisitos de la reincidencia.

En el artículo 22 del ordenamiento legal en comento, establece que para la reincidencia, se tomará en cuenta el delito o delitos queden en cualquier momento de la tentativa.

La norma se inspira directamente en el criterio de la perfecta peligrosidad revelada en la comisión del delito. Es decir, es claramente entendible que se tome en cuenta la tentativa para el caso de reincidencia, esto si tomamos en cuenta que existe tentativa cuando el autor del delito realizó los actos necesarios para cometer tal delito, no pudiendo realizarse por causas externas al inculpado. Así en el artículo 12, se expresa que existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente

²⁰ GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Código Penal Comentado, 12ª edición, Ed. Porrúa S. A., México, 1996, pág.

los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causa ajenas a la voluntad del agente.

Considerando que en la reincidencia lo que se condena es la puesta en peligro de la seguridad social (alarma social), ésta estuvo en peligro, independientemente que el hecho delictivo no llegara a su fin.

El artículo 23, nos excluye de la reincidencia, al señalarnos que no se tomará en cuenta tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente.

Esta disposición es coherente, ya que en el indulto existe una condena ejecutoria pero hay una eliminación de la sanción.

Así vemos que, tanto los tratadistas como el Código Penal Federal, coinciden en que la reincidencia , es el hecho de realizar una conducta, constitutiva de un delito, siendo juzgado por sentencia firme, para que posterior a esto, cometa una nueva conducta, dentro de cierto tiempo establecido por la ley, misma que al ser juzgada, agrava la situación del individuo.

2.3 CLASES DE REINCIDENCIA

La reincidencia es una calidad de la persona y se distingue en diferentes tipos, atendiendo al tipo de delitos que se cometen, la forma de cumplimiento de la

condena anterior, la relación con las condenas nacionales e internacionales, mismas que se pueden clasificar de la siguiente manera:

a) Reincidencia Genérica y Reincidencia Específica

Se llama reincidencia genérica, al hecho de volver a delinquir, después de que se ha dictado una condena anterior contra el mismo sujeto activo, si las dos infracciones son de naturaleza diferente, es decir que no importa el tipo de delito que se vuelva a cometer, o que este sea semejante al delito juzgado en primer término.

Nuestra jurisprudencia ha interpretado que existe reincidencia cuando se reincide en el mismo género de infracciones (contra el honor, contra el patrimonio, contra la vida o integridad corporal, etc.).

Cabe hacer mención, que para nuestro Código basta que exista reincidencia "genérica", ya que sólo se requiere que exista una sentencia ejecutoria, ya que así lo establece el propio artículo 20, al no hacer ninguna distinción entre el tipo de delitos a cometer.

La reincidencia específica, en cambio, existe cuando el nuevo delito es de la misma naturaleza al anterior por el que fue condenado. A esta reiteración de una misma especie de infracciones (o delitos) se le llama también reincidencia propia por una supervivencia parcial del criterio, largo tiempo sostenido, según el cual sólo había reincidencia y se justificaba el aumento de las penas cuando se repetía una misma especie de delitos (como se vio en el Código Penal del Estado

de Veracruz de 1835). La disputa sobre si existe reincidencia o no cuando los delitos no son análogos sino de naturaleza diferente, se halla reducida hoy a dilucidar cuál de las dos clases reviste mayor gravedad. Podemos decir que el artículo 21 del ordenamiento legal, no establece a la reincidencia específica, aunque se considera como delincuente habitual, ya que es necesario que las infracciones que se cometan sean del mismo género.

Al respecto es conveniente señalar:

REINCIDENCIA ESPECIFICA Y GENERICA. (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL). Aún cuando la diferenciación entre reincidencia específica y genérica no es expresa en el Código Penal para el Distrito y territorios Federales, del texto de su artículo 65 se desprende que el legislador quiso establecer dos conceptos de reincidencia para punir con menor sanción la que se produzca en delitos de cualquier clase (genérica) y con mayor cuando sea en delitos de la misma especie (específica). Séptima Epoca, séptima parte, Volumen 17, p. 33 Amparo Directo 4804/66. Hilario Granados Córdoba, 12 de mayo de 1970, Unanimidad de votos.

Anteriormente el artículo 65 del Código Penal, nos marcaba la diferencia entre la reincidencia genérica y la específica, y esta era además en cuanto a la punibilidad aplicable para tal caso, al señalarnos que a los reincidentes se les aplicará la sanción que debiera imponérseles por el último delito cometido, aumentándola desde un tercio hasta dos tercios de su duración a juicio del juez. Si la reincidencia fuera por delitos de la misma especie el aumento será de los dos tercios hasta otro tanto de duración de la pena.

Con la interpretación usual en nuestra jurisprudencia las dos son análogas; pero con las elaboradas por la doctrina se atribuye mayor gravedad a la genérica, por revelar mayor variedad de aptitudes criminosas; o bien a la específica, por acreditar un vicio profundamente arraigado; por último estimándose ambas peligrosas, es la diferencia sólo en cuanto al tratamiento que ameritan.²¹

b) Reincidencia Ficta y Reincidencia Real

La reincidencia real se da cuando el reincidente haya cumplido la condena anterior, es decir, se tiene ésta cuando el reo vuelve a delinquir, después de haber expiado la pena del delito anterior. La reincidencia real creemos que se basa en la Teoría de la Insuficiencia de la pena ordinariamente impuesta puesto que se requiere el cumplimiento de la condena total o parcialmente como sería el caso del indulto.

Y en la reincidencia ficta, basta con la mera imposición de la pena por sentencia ejecutoria sin necesidad de cumplir la pena, aquí creemos que se adecua a la Teoría de la mayor peligrosidad.

Los autores que fundan la institución de la reincidencia en lo insuficiente de la pena anterior, exigen como requisito de la reincidencia que la pena haya sido cumplida parcialmente; en cambio los partidarios del concepto de que la

²¹ Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 13° edición. Editorial Porrúa S. A., México 1980. pág. 678

reincidencia aumenta la cantidad del delito, creen suficiente que la condena anterior haya pasado a cosa juzgada.²²

Esta solución responde a las exigencias de la defensa social, pues en caso contrario, el delincuente que consiguiera sustraerse a la ejecución de la pena podría cometer numerosos delitos sin llegar jamás a ser reincidente. Para nuestro Código Penal, solo tenemos a la reincidencia real, ya que es un requisito de existencia el haber cumplido la condena impuesta por el delito cometido.

c) Reincidencia Nacional y Reincidencia Internacional

La reincidencia nacional, se aprecia solamente con base a las penas impuestas por tribunales nacionales. Durante largo tiempo sólo se tomaron en cuenta la condena de los tribunales nacionales afirmando que la independencia recíproca de cada Estado no permite que las sentencias extranjeras tengan efecto ejecutivo en el territorio nacional, pero hoy comienza a ganar terreno no solo en la doctrina sino en las legislaciones, la orientación opuesta de estimar también las sentencias extranjeras. Esto es porque la lucha contra la reincidencia ha obligado a las legislaciones a tener en cuenta las sentencias extranjeras, como lo hemos visto ya desde el Código Penal de 1871, el de 1929, ya se contemplaban las condenas impuestas en la República o fuera de ella, tal como lo hace el artículo 20 del Código punitivo, al señalar en el último párrafo: "La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniera de un delito que tenga este

²² Cfr. MAGGIORE GIUSSEPE, Op. Cit. pág. 202

carácter en este Código o leyes especiales”²³. En este sentido se menciona que tiene que ser cumplida tal sentencia, aunque en el primer párrafo se señala que basta con que sea dictada la sentencia ejecutoria, para ser tomada en cuenta para ser reincidente. Tenemos así esta doble clasificación en nuestro Código Penal, al tomar en cuenta las sentencias extranjeras, como la de Tribunales nacionales.

d) Reincidencia por Tiempo determinado y Reincidencia por tiempo Indeterminado

Se habla de reincidencia temporal o por tiempo determinado, cuando se ha establecido un periodo de tiempo a partir de la condena anterior, pasado el cual esta condena no puede constituir ya elemento de reincidencia. Es decir se encuentra sujeta a un determinado tiempo, que una vez transcurrido este no opera la misma.

Y se tiene reincidencia permanente o por tiempo indeterminado cuando no habiéndose establecido ningún término, el estado de reincidencia es perpetuo. De lo señalado en el artículo 20 del Código Penal al establecernos un término para poder hacer una declaratoria de la reincidencia, y este es que no debe de transcurrir un término igual al de la prescripción de la pena, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, por lo que en los casos en que se imponga una sanción de corta duración, y se cometa un delito después de dicho término, no se podrá hacer una declaratoria de la reincidencia.

²³ CODIGO PENAL FEDERAL. Ediciones Delma., México 1999, pág. 6

Para Carrancá y Trujillo el estado de reincidencia en nuestro derecho siguió -- incorrectamente según él-- el sistema de considerarlo no permanente sino prescriptible; la prescripción es por el sólo transcurso del tiempo; así se es reincidente sólo 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 en la ley (art. 20 C.P). Esta solución --expresa-- produce, además, que tratándose de sanciones de corta duración, no puede declararse la reincidencia: Contra esto-- considera-- que en cualquier tiempo en que reaparezca la tendencia criminosa debe ser considerada como causa de agravación.²⁴

Al respecto cabe señalar la siguiente jurisprudencia:

“REINCIDENCIA, SENTENCIA POSTERIOR QUE NO DEBE TOMARSE COMO BASE PARA LA.- El artículo 20 del Código Penal federal prevé que 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, esto es, que en un orden lógico, primero debe cometerse un delito que motive sentencia condenatoria, y una vez cumplimentada ésta, dentro del mismo lapso exigido para la prescripción de la pena, debe cometerse el nuevo delito, que daría lugar al surgimiento de la reincidencia; pero si los hechos y la sentencia ejecutoria tomados en cuenta por el resolutor como antecedente para fundar la reincidencia, son de fecha posterior a

²⁴ Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO. RAUL Op. Cit. pág. 678-679

aquella en la cual el inculpado cometió el delito que originó el proceso conocido por dicho resolutor, no procede el aumento de penalidad impuesto derivado de la reincidencia, por no darse los presupuestos de ésta." SEPTIMA EPOCA, PARTE SEGUNDA, Volumen 169-174, p. 95. Amparo Directo 3957/87. Cesar Gaspar Vega. 4 de mayo de 1983. unanimidad de 4 votos, Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

Una vez visto las clases de reincidencia que existen, nuestro Código Penal Federal, contempla las siguientes: la genérica, real, nacional e internacional y por tiempo determinado. Se puede decir que contempla también la específica, aunque si bien el artículo 65 señala al delincuente habitual, el artículo 195 bis del ordenamiento punitivo, mismo que esta comprendido dentro del Título Séptimo referente a los Delitos contra la salud, señala diversas penas, entre las que se encuentran las que se aplicaran al primer reincidente, segundo reincidente y al multireincidente.

CAPITULO III
ELEMENTOS DE LA REINCIDENCIA

CAPITULO III. ELEMENTOS DE LA REINCIDENCIA

3.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Hoy está casi admitido que la reincidencia debe pesar sobre el delincuente, como causa de mayor imputabilidad. Pues quién es sordo a los llamamientos de la ley y recae en el delito, después de una condena anterior, demuestra voluntad antijurídica dominante e incorregible, incapacidad de adaptación al orden constituido, peligrosidad inmanente en su carácter criminal, y por lo mismo parece merecedor de una medida represiva y preventiva más rigurosa que la del delincuente ordinario.

Silvio Ranieri afirma que la reincidencia "...es un índice de la mayor capacidad de delinquir del reo, la cual se considera como una condición inherente a su persona, que implica la aplicación de una pena más grave."²⁵

Examinando la reincidencia, de acuerdo a lo que marca el código punitivo, vemos que hay varios elementos, tanto de existencia, como de validez. Dentro de los requisitos de existencia tenemos:

a) La existencia de una condena por sentencia ejecutoria previa dictada en la República o en el extranjero

El modo normal de conclusión del proceso es la sentencia y ésta es la resolución judicial que termina la instancia, resolviendo el asunto principal controvertido y

²⁵ RANIERI, SILVIO. Manual de Derecho Penal. Tomo II, Parte General, 4a. edición, Editorial Temis, Bogotá, 1975, pág. 138.

la firmeza (o ejecutoriedad) de tal resolución deriva del valor de cosa juzgada con que se protege ésta. La cosa juzgada tiende, pues, a evitar la incertidumbre y a conservar, con ello, la seguridad jurídica, valor fundamental del orden normativo. En rigor, hay cosa juzgada porque se presume la existencia de una verdad legal; inatacable, indiscutible, contenida en el pronunciamiento judicial, una vez que éste queda sustraído a la posibilidad de impugnación.

Una sentencia causa ejecutoria de acuerdo al artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Penales, y el artículo 443 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

“Son irrevocables y causan ejecutoria:

I.- Las sentencias pronunciadas en primera instancia y cuando se hayan consentido expresamente, o cuando, concluido el término que la ley señala para interponer algún recurso, no se haya interpuesto y

II.- Las sentencias contra las cuales no dé la ley recurso alguno.”

Las sentencias de segunda instancia al momento de dictarse causan ejecutoria, entonces aquí tenemos que analizar el otro elemento de la reincidencia, que sería el cumplimiento de la condena.

“La sentencia ejecutoria es aquella que tiene un carácter de irrevocable, es decir que debe cumplirse, porque no puede intentarse contra ella ningún recurso. La cosa juzgada puede entenderse en un sentido formal o en un sentido material. En un sentido formal, la cosa juzgada consagra el principio de que la sentencia no pueda ser impugnada, bien porque el recurso sea improcedente o porque, aún

siéndolo, haya pasado los términos señalados en la ley para interponerlo. Debemos hacer excepción del juicio constitucional directo que representa en el Derecho Mexicano una categoría especial y diversa a cualquier medio de impugnación. En el sentido material, es cuando la sentencia tiene el carácter de irrevocable.”²⁶

Es conveniente señalar la siguiente jurisprudencia:

“REINCIDENCIA. SU PROCEDENCIA.- Para que válidamente se pueda tener a un acusado como reincidente, es requisito indispensable que la sentencia por la que se le condenó haya causado ejecutoria, previamente a la comisión del nuevo delito”. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Octava Época. Tomo XII- marzo, p. 358. Amparo Directo 644/92. Jorge Islas Vergara, 24 de septiembre de 1992, Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo.

“REINCIDENCIA, CONDENA ANTERIOR NECESARIA EN CASO DE.- Es violatoria de garantías la sentencia que agrava la pena por considerar reincidente al inculpado, sin serlo técnicamente, si cuando volvió a delinquir no se pronunciaba aun sentencia en el proceso anterior”. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Primera Sala, Volumen 151-156. Amparo Directo 121/81. Alfonso Téllez Vallejo. 14 de octubre de 1981. 5 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos.

Este requisito radica en la peligrosa inclinación que manifiesta el reo a la recaída del delito. Pues la base de la reincidencia no es otra que sancionar con mayor

²⁶ GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Derecho Procesal Penal Mexicano, Novena Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1988, pág. 239

rigor a quien repite el mismo o semejante tipo de delitos demostrando una marcada tendencia delictiva. Pero cabe recalcar que para que se pueda considerar la reincidencia como tal, es indispensable que la sentencia por la que se le condenó con anterioridad haya causado ejecutoria, previamente a la comisión del nuevo delito. Ya que si no se demostró que la sentencia anterior haya causado ejecutoria no se han llenado los requisitos del artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal. Al respecto la Suprema Corte de Justicia señala cuales son los medios para acreditarla, al señalar:

"REINCIDENCIA. LAS COPIAS AUTORIZADAS DE LAS SENTENCIAS, ASÍ COMO LA DE LOS AUTOS QUE LAS DECLARAN EJECUTORIADAS SON LOS ÚNICOS MEDIOS PARA ACREDITAR LA.-

El medio eficaz para acreditar la reincidencia del acusado lo constituyen las copias autorizadas de las sentencias anteriores, así como la de los autos que las declararen ejecutoriadas, por ser los únicos testimonios apropiados para delucidar si en el asunto sometido a juicio se cumplieron con las exigencias que hacen operante la figura jurídica en comento; por tanto, si el órgano técnico de acusación no aportó tales elementos de convicción, es evidente que la resolución pronunciada en ese sentido es conculcatoria de garantías. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO". Octava Epoca. tomo XI- Febrero, p. 316. Amparo Directo 511/92. Rodrigo Moreno Pacheco, 29 de octubre de 1992, Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago.

Es importante acreditar que la sentencia haya causado ejecutoria y que esta tenga la calidad de cosa juzgada, para que el juzgador tenga por válido este elemento y

este en facultades de declarar una reincidencia. Al respecto es conveniente señalar las siguientes jurisprudencias:

"REINCIDENCIA, REQUISITO NO INTEGRADO PARA CONSIDERAR LA.- Para que exista la reincidencia se requiere la existencia de una condena ejecutoria previa, el cumplimiento o indulto de la sanción impuesta y que la última infracción se consume dentro de un plazo igual al de la prescripción de la pena impuesta antes, contado desde el cumplimiento o el indulto de la misma. Ahora bien, el primero de los requisitos no se encuentra llenado, si la copia certificada aportada al proceso por el Ministerio Público para apoyar la condición de reincidente del acusado sólo contiene la sentencia del primer grado, más no el auto que la haya declarado ejecutoriada y le diese la calidad de cosa juzgada". SEPTIMA EPOCA. PARTE SEGUNDA, p. 45. Amparo Directo 2630/76. Silverio Torres Avila, 19 de agosto de 1976, Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

"REINCIDENCIA, COMPROBACION DE LA EXISTENCIA DE LA.- Si para efectos de la individualización de la pena se sostiene en la sentencia que el sujeto activo es reincidente, por la existencia en autos de copia certificada de sentencia, en la que se le condenó por otro delito, tal circunstancia no es suficiente para sostener que sea reincidente, si de la certificación, mencionada aparece únicamente la diligencia de amonestación, más no el auto en que se establezca que tal resolución ha causado estado, pues, así las cosas, de manera alguna, el tribunal podía determinar la reincidencia de aquél, sino que únicamente tal documento público le debe servir para apreciar su mala conducta anterior." SEPTIMA EPOCA. PARTE SEGUNDA, Volumen 82, p.41. Amparo Directo

3025/75. Felipe Ignacio Rivera Herrera. 31 de agosto de 1975,
Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Ahora bien este es solo un requisito ya que “para que exista la reincidencia es indispensable la concurrencia de tres requisitos: 1º. Condena ejecutoria previa, dictada en la República o en el extranjero; 2º. Cumplimiento o indulto de la sanción impuesta; y 3º. Que la última infracción se consume dentro de un plazo igual al de la prescripción de la pena impuesta antes, contado desde el cumplimiento o indulto de la misma.”(*Anales de Jurisprudencia*, Vol. VIII, p. 788).

La condena emitida en el extranjero sólo --dice el artículo 20 del Código Penal en cita-- se tendrá en cuenta si proviene de un delito que tenga ese carácter en el Código o en leyes especiales.

Esta referencia es importante, pues si se tomaran en cuenta las condenas emitidas en el extranjero por delitos que en nuestro país no se consideran como tal se estaría vulnerando el principio *nulla poena nullum crimen sine lege*, además de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe expresamente aplicar la analogía en materia penal.

Durante largo tiempo sólo se tomaron en cuenta las condenas de los Tribunales nacionales, afirmando que la independencia recíproca de cada Estado no permite que las sentencias extranjeras tengan efecto ejecutivo en el territorio nacional, pero hoy en día la mayoría de las legislaciones penales reconocen las sentencias extranjeras, siempre que no se violen las leyes aplicables a cada país.

b) Que la condena ejecutoria previa se haya cumplido o que exista indulto de la misma

Además de que exista una condena por sentencia ejecutoria ya sea dictada en México o en el extranjero se requiere que esa condena haya sido completamente cumplida, ya que el artículo 20 de nuestro Código Penal establece que el plazo en general para considerar a un agente como reincidente, es el mismo de la prescripción de la pena, o sea un término igual al de la sanción corporal impuesta y una cuarta parte más, la que comenzará a correr desde el momento en que se le haya indultado del cumplimiento de la pena, pero sin declararlo inocente del delito cometido.

Ahora bien, en este requisito se manejan dos hipótesis:

a) Que la sentencia previa se haya cumplido. En esta primera hipótesis tenemos que saber que es lo que se va a cumplir, o bien cual fue la resolución impuesta por el juez, para saber esto el Código Penal Federal en el artículo 24 maneja diferentes penas y medidas de seguridad, mismas que son:

1. Prisión
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos
4. Confinamiento
5. Prohibición de ir a lugar determinado
6. Sanción pecuniaria
7. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito
8. Amonestación

9. Apercibimiento
10. Caución de no ofender
11. Suspensión o privación de derechos
12. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos
13. Publicación especial de sentencia
14. Vigilancia de la autoridad
15. Suspensión o disolución de sociedades
16. Medidas tutelares para menores
17. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Cualquiera de las penas aplicadas, deberán ser cumplidas para poder determinar que hay reincidencia. Aunque el Código Penal no hace una distinción entre las penas y las medidas de seguridad, creemos que las penas que más se aplican son las de prisión y sanción pecuniaria.

El Capítulo VI, Título Tercero del Libro Primero del Código Penal Federal en comento establece la sustitución y conmutación de sanciones, encontrándose que la prisión puede ser sustituida de acuerdo al Artículo 70 de la siguiente manera:

1. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años.
2. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años o,
3. Por multa, si la prisión no excede de dos años.

Se indica que la pena de prisión no podrá sustituirse cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoria por delito doloso que se persiga por oficio, así como los que han sido condenados por

alguno de los delitos señalados en la fracción I del artículo 85 del ordenamiento legal.

Pero para que se pueda dar esta sustitución deberán cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 90 que establece las normas para otorgar la libertad condicional. Para que proceda, se requiere que la pena impuesta no exceda de 4 años; que el sentenciado no sea reincidente; que observe buena conducta antes y después del hecho delictivo; que exista la presunción de que el sentenciado no volverá a delinquir. Debiendo el sentenciado para gozar de este beneficio: otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se le fijen; residir en lugar determinado; desempeñar un trabajo lícito; abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y empleo de cualquier sustancia tóxica para su salud, salvo prescripción médica.

Concretamente en la fracción VII del artículo en comento, consigna que si durante el término de duración de la pena, desde la fecha de la sentencia que cause ejecutoria el condenado no diere lugar a nuevo proceso por delito doloso que concluya con sentencia condenatoria se considerará extinguida la sanción fijada en aquella. En caso contrario además de hacerse efectiva la primera sentencia, se le considerará reincidente en la segunda.

En la fracción indicada, se observa que se le considerará reincidente, cuando se le condene por un nuevo delito siempre que éste sea doloso y cuando aún no hubiere concluido el término de la pena impuesta con anterioridad, por lo que se evidencia que esta fracción no va acorde con lo señalado por el artículo 20 y la Jurisprudencia que señalan como uno de los requisitos de la reincidencia, que la

condena que se haya impuesto al primer delito cometido se haya cumplido, ya sea totalmente o parcialmente si se tratare de un indulto, al respecto cabe señalar:

"REINCIDENCIA, PRUEBA DE LOS REQUISITOS PARA LA.- El artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal, prevé que hay reincidencia, cuando el condenado por sentencia ejecutoria, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena; en tales condiciones, un juez sólo estará en aptitud de emitir una declaratoria de reincidencia, cuando cuente no sólo con prueba plena indubitante de que se ha cometido el ilícito anterior, sino que además requiere la constancia relativa al tiempo en que se cumplimento la condena; lo que sí se ignora, da lugar a que el sentenciado carezca de elementos probatorios bastantes para determinar si una vez sufridas las sanciones, ha ocurrido un término igual al de la prescripción de la pena, y que los hechos ilícitos que dan lugar a la nueva sentencia, se hayan perpetrado en ese lapso, y en consecuencia, es improcedente la declaratoria de reincidencia". SEPTIMA EPOCA, SEGUNDA PARTE, Volumen 193-198, p. 33. Amparo Directo 8832/84. Carlos Soriano Hernández, 27 de febrero de 1985, 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado.

"REINCIDENCIA, OPERANCIA DE LA.- No se satisface la exigencia legal prevista para la operancia de la reincidencia, la cual sólo puede presentarse a partir de 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; esto es, que si el inculpado está recluso en el penal compurgando una pena que se le aplicó en un diverso juicio, no puede ser reincidente si en el lapso comete un nuevo ilícito, sino que esa

sanción debía haber sido cumplimentada, para que ya liberado, durante el término marcado por la legislación penal, de recaer en la comisión de un nuevo ilícito, se le tuviera por reincidente."
SEPTIMA EPOCA, PARTE SEGUNDA, Volumen 205-216, p. 33.
A. D. 6110/78. Dionisio Castillo Mondragón, 4 de septiembre de 1986. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado.

En este sentido, toda vez que en la condena condicional, cuando se está en el supuesto de la fracción VII del artículo 90, y se goza del beneficio de que le sea sustituida la pena de prisión, el sentenciado comete un nuevo delito aún sin cumplir la sanción impuesta, se declarara reincidente; a este respecto tenemos que existe una contradicción en esta fracción y lo enumerado por el artículo 20 del ordenamiento legal, robustecido por la Suprema Corte de Justicia donde señala que la condena impuesta debe ser cumplida. Pero tenemos que en la parte final del primer párrafo del artículo en comento, sé específica que salvo las excepciones fijadas en la ley. Ahora bien como un principio general del derecho es el de que toda regla general tiene excepciones, estamos entonces ante una, al adecuarse la conducta del sujeto en el supuesto de la fracción VIII del artículo 90. Esta cuestión, no la comparto, ya que al no tener por cumplida esa condena, no podemos establecer o decir que ese sujeto, esta readaptado o bien que fue suficiente el castigo impuesto por el estado. Así tenemos que:

REINCIDENCIA. EL INFORME DE ANTECEDENTES PENALES RENDIDO POR LA SECRETARIA DE GOBERNACION NO ES APTO PARA ACREDITARLA.- Si bien es cierto que el informe de antecedentes penales rendido por la Secretaría de Gobernación, alcanza el rango de documento público, también lo es, que no es apto ni suficiente para justificar la reincidencia del sentenciado, habida cuenta que el medio eficaz para acreditarla, lo constituye la

copia autorizada de la sentencia anterior, así como el auto que la declare ejecutoriada, por ser los únicos testimonios apropiados para dilucidar si en el asunto sometido a juicio se cumple con las exigencias que hacen operante la figura jurídica de la reincidencia, en razón que el artículo 20 del Código Penal Federal prevé que ésta existe cuando el condenado por sentencia ejecutoria comete un nuevo delito, si no ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena o el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena. NOVENA EPOCA. TOMO II. TESIS XX. 32 p. P603. Amparo Directo 443/95. Hugo Fernández González, 6 de julio de 1995, Unanimidad de votos, Ponente: Angel Suárez Torres.

"REINCIDENCIA, INOPERANCIA DE LA, SI EL NUEVO DELITO SE COMETE DURANTE LA RECLUSION POR EL ANTERIOR.-

Si en el período en que el inculcado cumplimenta una pena privativa en libertad, incurre en la comisión del delito por el que se le encausa, claramente se advierte que no se satisface el requisito legal previsto para que opere la reincidencia, la cual sólo puede presentarse, de acuerdo con el texto del artículo 20 del Código Penal del Distrito Federal, siempre que no 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; esto es, que si el inculcado está recluso en el penal cumpliendo la pena impuesta en el diverso juicio por el delito anterior, no puede ser reincidente si en el lapso comete un nuevo ilícito, pues la referida sanción debía haber sido cumplimentada para que, ya liberado y durante el término marcado por la legislación penal, de recaer en la comisión de un nuevo ilícito se le tuviera por reincidente." (Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala. Séptima época, Volumen 205-216, Parte Segunda, Amparo Directo

6110/78. Dionisio Castillo Mondragón. 4 de septiembre de 1986. 5
votos, Ponente: Luis Fernández Doblado. pag. 33)

b) la segunda hipótesis contenida es que “exista un indulto de la condena”. El indulto es causa de extinción, no de las acciones penales, sino únicamente de las sanciones impuestas en sentencia irrevocable. Este puede ser:

“1.- Indulto de carácter general.- Establecido mediante un acto legislativo por el cual se ordena la condonación, conmutación o disminución de las sanciones a los sentenciados que reúnen las condiciones previstas en la misma ley de indulto.

2.- Indulto por gracia.- Es una facultad administrativa de la que se puede hacer uso en el caso de delitos políticos o cuando el reo haya prestado importantes servicios a la Nación.”²⁷ Sin embargo, se deben cumplir con ciertas condiciones para otorgarlo: Que el sentenciado hubiese sido readaptado socialmente en un alto grado y que además no represente en su liberación, un peligro para la sociedad, tranquilidad social y seguridad pública, y que el Ejecutivo emita un dictamen en que se hagan constar tales circunstancias.

Cabe aclarar que el indulto no puede concederse sino después de sanción impuesta en sentencia irrevocable, así el artículo 97 señala que se otorgará el indulto cuando no se trate de sentenciado por traición a la patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito intencional contra la vida y secuestro, ni de reincidente por delito intencional.

²⁷ GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, El Código Penal Comentado. 12 edición. Editorial Porrúa S. A. de C.V., México 1996, pág 167

Así tenemos que el indulto no se le otorgará al reincidente por delito intencional, dejando fuera al que comete un delito culposo.

c) La comisión de un nuevo delito, dentro de un plazo igual al de la prescripción de la pena impuesta, contado desde el cumplimiento de la condena o del indulto de la misma.

El Código en el artículo 7º establece lo que se considera delito y “es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, pudiendo ser instantáneo, permanente o continuo, o continuado. Estas acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

a) “El acto u omisión.- es una acción, en definitiva una conducta humana o, lo que es lo mismo, la voluntad, externamente manifestada por un movimiento del agente o por la falta de realización de un hecho positivo exigido por la ley, traducándose todo ello en una mutación o peligro de cambio en el mundo exterior.

b) Que este sancionado por la ley penal. Esto implica la obligación del establecimiento previo de los tipos legales por la normación punitiva, pasando éstos a ser únicas actuaciones punibles.”²⁸

El tercer requisito, es que el autor 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.

²⁸ MARQUEZ PIÑERO. RAFAEL. Derecho Penal. Parte General, Segunda Edición, Editorial Trillas, México 1990, págs. 135-136

La prescripción extingue la acción penal y las sanciones; es personal y para ella basta el simple transcurso del tiempo señalado por la ley; produce sus efectos de oficio y sea cual fuere el estado del proceso, tanto para la acción penal como para las sanciones, los términos son continuos. Tratándose de la acción penal se cuentan desde el día en que se cometió el delito, si fue consumado; desde que cesó si fue continuo y desde que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida si el delito fuere en grado de tentativa, y tratándose de las sanciones se cuentan desde el día siguiente a aquel en que el condenado se sustraiga a la acción de la justicia, si las sanciones son corporales y si no desde la fecha de la sentencia ejecutoria.

La acción penal prescribe en un año, si el delito solo mereciere multa; si el delito mereciere, además pena privativa de la libertad o alternativa, se atenderá a la prescripción de la acción para perseguir la pena privativa de libertad.

La pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; la pena de multa prescribirá en un año; las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más, sin que pueda ser inferior a dos años; y las que no tengan temporalidad prescribirán en dos años. Dichos plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución. Cuando se hubiere extinguido ya una parte de su sanción, se necesitará el tiempo que falte de su sanción y una cuarta parte más, sin que sea inferior a un año.

Se interrumpe la prescripción de la sanción privativa de libertad, cuando se aprehende al reo, aunque la aprehensión se realice por otro delito diverso. La

prescripción de las demás sanciones se interrumpe por cualquier acto de autoridad competente para hacerlas efectivas, también la prescripción de la pena de reparación del daño, o otras de carácter pecuniario, se interrumpe por las promociones que el ofendido o persona a cuyo favor se haya decretado dicha reparación o haga ante la autoridad fiscal correspondiente, o bien por esas actuaciones que esa autoridad realice para ejecutarlas.

Visto lo anterior, no hay reincidencia cuando falta cualquiera de los requisitos enunciados.

3.2 ELEMENTOS DE VALIDEZ

Además de los elementos que acabamos de estudiar, existen otros requisitos a cumplir para la declaración de la reincidencia como son:

1.- *Una amonestación.*- Para que pueda haber reincidencia es necesario que el reo haya sido amonestado, pues no puede tenerse como reincidente a un acusado si no consta en el proceso que, con motivo de su anterior condena por otro delito, haya sido amonestado, elemento que va ligado con el hecho de que la sentencia ha causado estado.

Esta amonestación consiste en la conminación que hace el juzgador al acusado para que no vuelva a delinquir, dándole a conocer las penas que le correspondan en ese caso conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor si reincidire. Así lo establece el artículo 42 del Código Penal.

2.- *Que el condenado sea mayor de edad.*- Existe un criterio de la Suprema Corte que manifiesta que los menores de edad no pueden ser declarados reincidentes, ya que la ley penal los considera inimputables por no tener la capacidad de entender y querer el hecho antijurídico que cometió.

Al respecto:

"REINCIDENCIA NO CONFIGURADA EN CASO DE DELITO ANTERIOR COMETIDO DURANTE LA MINORIA DE EDAD.- Si el reo se encuentra a disposición de un Tribunal de Menores cumpliendo una reclusión correccional, ello evidentemente lleva a la conclusión de que no se trata de un reincidente, pues en los delitos por los que se hizo acreedor a dicha reclusión correccional, no es culpable, ya que la culpabilidad, o sea el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad penal de la conducta antijurídica, supone, como presupuesto, la imputabilidad, o sea la capacidad de entender y querer, y un menor obviamente no está en la aptitud intelectual y volitiva constitutiva del presupuesto necesario de la culpabilidad y, en consecuencia, no puede incurrir en la comisión de un hecho delictivo. Puede incurrir, como en el caso, en hechos antijurídicos, en cuya consumación su conducta sé adecúa a las hipótesis señaladas por la ley punitiva, pero su actividad no es constitutiva de delito, porque como se dijo no existe la culpabilidad". Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Volumen II, Parte Segunda. Amparo Directo 4929/68. Pedro Gómez Sánchez. 19 de febrero de 1969. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera. pag. 37

3.- *Que exista un pedimento.*- El agente del Ministerio Público debe hacer valer en sus conclusiones expresamente esa circunstancia, para que pueda haber un aumento de la pena por tal motivo, pues el juez no puede declararla de oficio: "El Juzgador incurrió en error al considerar al acusado reincidente si rebasó el pedimento del Ministerio Público en sus conclusiones, quien con toda claridad estableció que no constaba que fuere reincidente". (SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Sexta Epoca, IX, p. 116, Segunda Parte.)

"REINCIDENCIA NO PUEDE DECLARARSE DE OFICIO.- *Si la sentencia reclamada condena al reo como reincidente aumentándole la pena por tal motivo, sin que el Ministerio Público haya hecho valer expresamente esa circunstancia, debe concederse el amparo para el efecto de que en la nueva sentencia que ha de dictar la responsable, no se tome en cuenta la reincidencia del quejoso y se elimine el tanto de la pena aplicado por tal concepto."* SEXTA EPOCA, Segunda Parte, Vol. XXIV, p. 22. A.P. 1905/59. Roberto Romo Martínez, Unanimidad de 4 votos. Vol. XXIX, p. 10 A. D. 4002/59. Margarito Lucero González. Unanimidad de 4 votos. Vol. LII, p. 12 A.D. 6006/60. Miguel Rosas Trigueros. Unanimidad de 4 votos. Vol. LXXXV p. 18, A.D. 8838/63. José Fausto García. 5 votos, Vol. LXXXV, p. 18, A. D. 2051/62. David Ortega Arciniega, Unanimidad de 4 votos.

4.- *Que no se trate de delitos culposos.*- "Tratándose de delitos cometidos por imprudencia, es decir, no intencionales, no es jurídico ni legal considerar como reincidente al acusado, porque la reincidencia o reiteración en la comisión de hechos delictuosos, sólo puede referirse a delitos intencionales, ya que el artículo 21 del Código Penal para el Distrito Federal y de los antecedentes jurídicos y filosóficos que informan tal precepto, ya que en el se habla de que se cometa un

nuevo delito, procedente de la misma pasión o inclinación viciosa del agente.”
(INFORME DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION DE 1940, Primera Sala, pp. 69-70.).

Del criterio anterior se desprende que únicamente los delitos dolosos son suficientes para hacer una declaratoria de reincidencia, pero el artículo 20 no hace una distinción de que tipo de delitos, sí dolosos o culposos. Cuando un sentenciado goza del beneficio de la condena condicional, y durante ese beneficio comete un nuevo delito, de acuerdo a lo señalado de que se considerará reincidente; la fracción VII del artículo 90, señala que tratándose de delito culposo, la autoridad competente resolverá motivadamente si debe aplicarse o no la sanción suspendida. Considero que este elemento referente a que no se trate de delito culposo o imprudencial, criterio que señala la Corte en 1940, no se encuentra robustecido, ya que la reincidencia es general sin importar si es doloso o culposo el delito. Es conveniente advertir que si se trata de delitos culposos si goza de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley establece.

Encontramos que:

“COMO ANTECEDENTE DE CULPA O POR DOLO, EL AGENTE AMERITA AUMENTO DE SANCION CUANDO RECAE.- Es cierto que algunos tratadistas consideran no idónea la reincidencia si el antecedente delictivo es de especie intencional y el nuevo de grado culposo, en virtud de que el agente, sin querer el resultado lo realiza por imprudencia y por consiguiente, agregan, no se sabe si la pena se amplió con la finalidad correctiva o intimidatoria; sin embargo, las nuevas tendencias de política criminal consideran que la represión de la conducta de un sujeto está en función de la peligrosidad, de suerte que sea con antecedente de culpa o por

dolo, el agente amerita aumento de sanción cuando recae. Pero esencialmente, si el legislador local no distingue al hablar de la reincidencia de las especies de la culpabilidad, sino que lisa y llanamente se refiere a nuevo delito, es indudable que en el caso fue correcta la calificación del sentenciador impuesta al acusado por ser reincidente, en virtud de que se consumó nueva infracción cuando no había extinguido la anterior pena por haberse acogido al beneficio de la condicional. (Semanao Judicial de la Federación, Sexta Epoca, XIX, pag. 208, segunda parte.)

También es conveniente señalar que el artículo 65 del Código Penal, en lo referente a la aplicación de sanciones a los reincidentes, únicamente marca una punición adicional al reincidente por dos ocasiones por delito doloso y calificado por la ley como grave, esto es que le impone al juez la obligación de aumentar la punibilidad al que comete su tercer delito doloso y calificado como grave por la ley.

3.3. EFECTOS DE LA REINCIDENCIA

La reincidencia posibilita que a quien comete un delito después de sufrir una sentencia condenatoria se le imponga además de la punición correspondiente a ese delito, una punición adicional por el delito anterior. "Sin excepción y con base en la idea generalizada de que el reincidente es más peligroso, los códigos penales mexicanos recogen esta figura de aumento de la punición".²⁹

²⁹ BARREDA SOLORZANO, LUIS DE LA . "Los jinetes de la peligrosidad". Revista Mexicana de Justicia 87 No. 4. Vol. 4 octubre- diciembre, 1987, pág. 25

Para mi punto de vista no es del todo verdadero que un individuo que comete un delito al estar siendo procesado penalmente por un ilícito anterior, sea menos peligroso que otro que ya cometió un delito y ha sido condenado por el mismo. Por otra parte, quizá nada asegura que el reincidente tiene más posibilidades de delinquir que el que realiza su primer delito.

Como acabamos de decir, es generalizada la idea de que cuando un sujeto ha sido condenado y no ha cumplido la pena, o cuando la ha cumplido y pese a ello vuelve a delinquir, la imagen del derecho como proveedor de seguridad jurídica sale un tanto maltrecha del trance y el sentimiento de seguridad de la sociedad se resiente en mayor medida, por más que la afectación de bienes jurídicos sea la misma que si delinquiese por vez primera.

Sin embargo, considero que esta figura de la reincidencia viola dos principios fundamentales: El principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito y el principio de culpabilidad.

Efectivamente, al aumentarse la punición al reincidente por un delito en virtud del cual ya sufrió una pena, se le está juzgando dos veces por ese delito.

Tenemos entonces como uno de los principales efectos de la reincidencia, el aumento de la pena, pero al realizar este aumento de la pena, el juzgador previamente debe tomar en cuenta la culpabilidad del sujeto, así la culpabilidad se considera como el juicio de reproche que se hace al actuar interno subjetivo del individuo, referente a su decisión para hacer o dejar de hacer algo que acarreó como consecuencia la transgresión (lesión antijurídica) de bienes jurídicamente protegidos o simplemente los puso en peligro.

En otro orden de ideas; en sentido amplio “la culpabilidad ha sido estimada como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica... en sentido estricto... culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable”.³⁰ Pensamos que, al reincidente no solamente se le está reprochando con la punición el nuevo delito cometido, también se le sigue castigando un delito anterior que ya había sido reprochado con un castigo impuesto en ese momento y que el mismo fue cumplido.

El artículo 65 del Código Penal establece que la reincidencia será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley señala. Esto es que si una persona comete un segundo delito y cumple los requisitos para hacer una declaratoria de reincidencia, la pena que se le impondría será al arbitrio del juez de acuerdo al artículo 51 y 52; aunque dentro de las fracciones que señala el artículo 52, no señala nada respecto a la reincidencia, por lo que el juez al hacer la individualización de la pena, considera la peligrosidad social del inculcado por ser reincidente. Si realiza el juzgador una individualización de la pena, tomando como dato revelador la peligrosidad social del inculcado, al fijar las penas correspondientes por la comisión del delito, y además de esto incrementa la pena en razón de la reincidencia, esto implica una doble agravación por una misma causa; ya que el juzgador tiene la facultad de realizar la individualización de la pena del nuevo delito cometido, pero tomando en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y peculiares del delincuente,

³⁰ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General. 8ª edición, Ed. Porrúa S.A., México 1987, pág.36.

para así con todos estos elementos, imponga la pena, y no al contrario, una vez hecho esto, toma en cuenta que el sujeto es reincidente y aumenta la pena impuesta.

El segundo párrafo del artículo 65 en comento, establece una punibilidad para el reincidente de delito doloso calificado por la ley como grave, dejando fuera de este supuesto a los delitos culposos, o los delitos que no son considerados como graves por la ley, ya sean dolosos o culposos. (Artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Como ya se vimos un efecto de la reincidencia es el aumento de la pena ordinaria, ya que en caso de que el inculcado por algún delito doloso calificado por la ley como grave, fuese reincidente por dos ocasiones por delitos de dicha naturaleza, la sanción que corresponda por el nuevo delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena prevista para éste, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero, que es de 60 años.

Otro efecto de la reincidencia, es que el sentenciado por algún delito doloso calificado por la ley como grave, no podrá gozar de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley señala.

Tenemos que la pena de prisión puede ser sustituida por: trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, tratamiento en libertad, la multa, la condena condicional y la libertad preparatoria.

El artículo 70 del Código Penal Federal, señala que el trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, el tratamiento en libertad y la multa no podrán otorgarse, cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoria por delito doloso que se persiga de oficio, o sea condenado por alguno de los delitos señalados en el artículo 85 fracción I del ordenamiento penal. En cuanto a la condena condicional el artículo 90 del mismo ordenamiento, en la fracción primera inciso b), señala que para obtener tal beneficio no debe ser reincidente por delito doloso. Así sucede con la libertad preparatoria, el cual no se les otorga ese beneficio, por haber cometido alguno de los delitos contemplados en el mismo precepto, así como a los habituales y a los que incurran en segunda reincidencia. Aunque si se le otorgará al simple reincidente.

Un efecto más de la reincidencia es que no se le puede conceder el indulto al reincidente por delito intencional.

3.4 REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD

“Una especie agravada de la reincidencia es en nuestro derecho la habitualidad”³¹

El artículo 21 del Código Penal Federal, establece que 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, cuando las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez

³¹ CASTELLANOS. Op. Cit. pág. 312

años. Y el artículo 65 del mismo ordenamiento legal dicta que el inculpado por algún delito doloso calificado por la ley como grave, fuese reincidente por dos ocasiones por delitos de dicha naturaleza, la sanción que corresponda por el nuevo delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena prevista para éste.

El concepto de habitualidad exige una multiplicidad de delitos, cometidos por un mismo sujeto, sin embargo, esto es solo un índice exterior y práctico, que la ley exige para su revelación, ya que, para que exista la habitualidad se exige que la repetición de los delitos, haya suscitado en el ánimo del sujeto, la inclinación a delinquir, que surge, de la repetición de los actos, pues de esto se deriva una mayor facilidad para su ejecución.

Por esto la habitualidad, lo mismo que la reincidencia, es una calidad de la persona del reo, con lo que estoy de acuerdo, pues entonces no se sancionan las acciones del sujeto, sino las suposiciones que hace el legislador de que considera a los reincidentes con mayor peligrosidad. Cabe aclarar que en nuestra legislación para poder considerar a un delincuente como “habitual” tendrá que habersele declarado primeramente reincidente y las posteriores reincidencias se catalogan como “habitualidad”.

En un criterio de la Suprema Corte dice que: “De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 del Código Penal, la reincidencia es presupuesto de la habitualidad, y no constando en autos que el acusado fuera declarado reincidente en segunda instancia que se dictó en su contra no debe declararse habitual en la que se revisa. Ahora bien, aunque es cierto que, como afirma la resolución recurrida, cometió dichos delitos el que es objeto de la presente causa, dentro de un periodo

de diez años, no lo es menos que no puede ser considerado como delincuente habitual, pues, de acuerdo con lo dispuesto con el artículo 21 del Código Penal, la reincidencia es presupuesto de la habitualidad, y no constando en autos que el acusado fuera declarado reincidente en la segunda sentencia que se dictó en su contra, no debió ser declarado habitual en la que se revisa". (Toca No. 1398/49. Juzgado Décimo Quinto de la Quinta Corte Penal. Procesado Juan Martínez Caballero. Sentencia de la Octava Sala de fecha 16 de abril de 1951. Ponente Magistrado Celestino Porto Petit.)

Por otro lado encontramos que:

"Para que la habitualidad exista, no basta que en el periodo de diez años se hayan cometido tres infracciones del mismo género sino que es indispensable que en la segunda o tercera, tenga el acusado el carácter de reincidente en la forma y términos establecidos por el artículo 20 del Código Penal pues si bien es sabido que la doctrina estudia y desarrolla dos clases de reincidencia, la llamada propiamente reincidencia y la reincidencia ficta, consistente la primera en que se haya cumplido la condena impuesta con anterioridad, y la segunda, en que exista una sentencia ejecutoriada, independientemente de que se haya cumplido o no la condena, nuestra ley positiva siguió un criterio distinto, ya que, conforme al artículo 20 citado no basta que con anterioridad se haya dictado una sentencia ejecutoriada sobre la infracción de cualquier género (reincidencia genérica), sino que es indispensable, además, que al cometerse el nuevo delito no haya transcurrido el tiempo necesario para la prescripción de la pena impuesta en la primera sentencia" (Anales de Jurisprudencia, XX, p. 856.)

No es suficiente para constituir la noción de habitualidad, tomar en consideración el aspecto externo de la habitualidad criminal, sino que es preciso además que la persistencia en la conducta delictiva sea indicio o manifestación de una tendencia a delinquir.

"REINCIDENCIA, APLICACION DE LA PENA EN CASO REQUISITOS.- Para declarar delincuente habitual a un sentenciado y aumentarle la penalidad por tal concepto, además de que debe razonarlo y solicitarlo expresamente el Ministerio público, debe existir prueba plena de que fue ya sentenciado como reincidente en el mismo género de infracciones y que las "Tres infracciones" se hayan cometido en un período que no exceda de diez años anteriores a la fecha del caso que se sentencia, pues no cumplir con tales requisitos genera violación de garantías. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. OCTAVA EPOCA. Tomo VII- Enero, p.423. Amparo Directo 1312/90. Felipe Parra Jiménez, 14 de noviembre de 1990, Unanimidad de votos, Ponente: Guillermo Velasco Félix.

Por consiguiente el concepto de delincuencia habitual requiere de ciertos elementos: La comisión reiterada de delitos; que el agente posea una tendencia interna y estable a cometer delitos, innata o proveniente de influjos perniciosos del ambiente; es decir, que posea una personalidad criminal natural o adquirida. El individuo que delinque reiteradas veces movido por estímulos externos, una tentación momentánea, una ocasión excepcional o una situación de angustia económica, no debería considerarse como un delincuente habitual, pues su delito no corresponde a su personalidad.

La tendencia a delinquir, manifiesta Cuello Calón, siempre es socialmente peligrosa, pero no todos los criminales habituales son igualmente peligrosos. Los criminalistas suelen distinguir dos grupos, uno el más peligroso, formado por individuos enérgicos, activos de voluntad potente, en lucha constante contra la sociedad, verdaderos antisociales; y otros menos peligrosos constituidos por asociales, sujetos pasivos, de voluntad débil, incapaces de resistir a las tentaciones y de contener sus impulsos.

Podemos decir que la habitualidad , encuadra en lo que conocemos como reincidencia específica, esto debido a que la comisión de los delitos tienen que ser de la misma pasión o inclinación viciosa, teniendo solo como diferencia el tiempo, ya que para que una persona sea considerada delincuente habitual tiene que ser en un lapso de tiempo de diez años, además de que el código no señala la reincidencia específica.

3.5 REINCIDENCIA Y CONCURSO REAL DE DELITOS

Hay concurso de delitos, cuando la responsabilidad por dos o más de ellos recae sobre un mismo agente que los ha cometido.

Esto puede suceder de dos maneras diferentes y se suelen distinguir dos tipos de concurso de delitos según el artículo 18 del Código Penal:

“a) Concurso formal, acumulación ideal, o concurso ideal: Existe siempre que cuando por su aspecto ideal solamente, de antijuricidad o de valoración, se pueda decir que hay una doble o múltiple infracción. No debe hacer sino una

sola actuación del agente, con la cual resulten cumplidos varios tipos penales, realizadas varias lesiones jurídicas o afectados varios intereses protegidos; y,

b) Acumulación real, concurso material o concurso real: en cambio habrá este tipo cuando un mismo sujeto cometa dos o más delitos, integrados cada uno de ellos plenamente por todos sus elementos de acto humano, antijuricidad tipificada y culpabilidad. Esos delitos pueden ser homogéneos (dos robos) o heterogéneos (un robo y lesiones) sin que importe su mayor o menor separación en el tiempo y con el solo requisito de que la responsabilidad por todos ellos se halle viva, es decir que no haya prescrito ni haya sido cosa juzgada.”³²

Al respecto cabe señalar:

"CONCURSO IDEAL Y CONCURSO REAL. NOTA DISTINTIVA EN EL.- Acorde al artículo 18 del código punitivo federal, la nota distintiva entre el concurso ideal y el concurso real estriba en el número de conductas desplegadas por el agente; esto es, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos se estará en presencia de la primera figura, y la segunda cobra vida cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. Luego, si la acción delictiva desplegada por el quejoso se hace consistieren que se le sorprendió cuando materialmente poseía estupefacientes y psicotrópicos, con independencia de su grado de toxicomanía, cantidad de la droga y circunstancias de ejecución del hecho, que solamente son relevantes para la configuración de los tipos penales motivo de su formal procesamiento, esa posesión constituye una sola conducta y, así, es violatorio de garantías que

³² VILLALOBOS, IGNACIO. Op. Cit. pág. 503

se le aplique la pena correspondiente bajo las reglas del concurso real." SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Octava Epoca, Tomo XII-Julio, Amparo Directo 260/93. José H. Ríos Rodríguez. 19 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro, pag. 178.

El concurso real, existe cuando el infractor en ocasiones diversas produce varios resultados delictivos. Estos casos se resuelven en nuestro Derecho conforme a las reglas de los artículos 18 y 64 del Código Penal y reciben el nombre de acumulación .

Eugenio Raúl Zaffaroni, afirma que en el concurso real surge la posibilidad de una unidad del juicio de culpabilidad y una unidad del juicio de peligrosidad, pese a la pluralidad de injustos. "A la suma de injustos no siempre se corresponde una suma de culpabilidades ni tampoco una suma de peligrosidades. De allí que acumulación, no sea sinónimo de suma".³³

La diferencia entre reincidencia y acumulación real de delitos, estriba en que en la primera, el delincuente ha sido sentenciado por alguno de los delitos cometidos, mientras que en el concurso real, no existe una condena todavía. En cuanto al sistema de penalidad, es de hacerse notar que la acumulación puede dar como consecuencia la disminución de pena en algunos delitos y en cambio, la reincidencia da por resultado un aumento de la penalidad en el último delito juzgado.

³³ ZAFFARONI. Op. Cit. pág.62

Esta distinción reside en que si la sola comisión de varios delitos, es ya un signo de mayor propensión y peligrosidad, la circunstancia de incurrir en el nuevo delito después de que una sentencia sea impuesto y de manera concreta, se ha hecho saber la gravedad antisocial de su conducta y sus consecuencias penales, demuestra todavía mayor desprecio por el interés social, la ley, el orden y todo cuanto trata de preservar y mantener el Derecho Penal.

3.6 ARBITRIO JUDICIAL, EL ARTICULO 51 Y 52 DEL CODIGO PENAL FEDERAL

Desde la expedición del Código se tuvo que conciliar las nuevas orientaciones de la ciencia penal que estiman indispensable la existencia de un suficiente arbitrio judicial, como medio para realizar una eficaz individualización de las penas, pero sin olvidar la realidad de la vida jurídica mexicana, que se caracteriza por la falta de elementos técnicos y económicos, y por la desconfianza que se tiene a los funcionarios judiciales, ya porque se dude de su capacidad, ya porque se teme que se dobleguen ante el poder, se rindan ante la amistad, o se vendan ante el dinero.

No se pensó en un arbitrio judicial amplio, por las restricciones constitucionales y, porque, además, hubiera sido ir demasiado lejos después de haber vivido durante un largo lapso con un sistema minucioso de métrica penal.

En consecuencia, se estimó una necesidad de establecer un arbitrio racional, consistente en dejar en libertad al juez para valorizar las circunstancias objetivas que concurran en la comisión del hecho delictuoso y las subjetivas del infractor.

Así se explica la desaparición del capítulo de atenuantes y agravantes de primera a cuarta clase, lista de veinte circunstancias atenuantes y de cincuenta y una agravantes para sustituirlas por el artículo 51, mismo que previene que dentro de los límites fijados por la ley, los jueces aplicarán las sanciones establecidas por cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de la ejecución y las peculiaridades del delincuente, y por el artículo 52, que enumera esas circunstancias en forma expositiva.

“Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

- I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto.
- II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla.
- III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado
- IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomaran en cuenta, además, sus usos y costumbres.

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma".³⁴

Los efectos que trajo en la práctica, la aplicación de estas disposiciones fueron que en un principio los jueces, cuyo espíritu por costumbre se había amoldado ya al sistema de la métrica casuística, siguieron aprovechando las listas de atenuantes y agravantes, haciendo en sus sentencias no un simple estudio de las condiciones objetivas en que el hecho delictuoso se realizó y un mero enunciado de las circunstancias personales de poca importancia que favorecen al autor del delito, sino una descripción de la personalidad psicológica, social y moral del autor del delito, su silueta de delincuencia ocasional o de hábito, un análisis de las causas mismas y móviles en que el delito se origino, dando como consecuencia que el sujeto se convierta en criminal.

Los artículos 51 y 52 son medulares en el Código y su valor depende de la preparación y la capacidad de los jueces que los apliquen. El margen entre el mínimo y el máximo señalado para cada delito, en algunos casos es amplio.

Al respecto tenemos que:

³⁴ CODIGO PENAL FEDERAL Ediciones Delma .. México 1999, pág. 15

“PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. ARBITRIO JUDICIAL.- La cuantificación de la pena corresponde exclusivamente al juzgador, quien goza de plena autonomía para fijar el monto que ese amplio arbitrio estime justo dentro de los límites máximos y mínimos señalados en la ley y sin más limitación que la observancia de las reglas normativas de la individualización de la pena.” Semanario Judicial de la Federación , Quinta Epoca, tomo CXXV, p. 2296, y Tomo CXXIII p. 664.

Considero que los jueces no hacen un estudio de lo que la legislación los obliga de apreciar en forma completa la personalidad del delincuente, las circunstancias en que delinquirió y las influencias del medio colectivo que influyeron en su conducta, como la vida anterior al hecho, las motivaciones, el delito mismo, la víctima, la realidad social etc., siendo el resultado una deficiente aplicación de las penas.

En la mayoría de los casos, los jueces se refieren a las condiciones objetivas del hecho delictuoso y a un enunciado de las circunstancias personales del autor en forma muy somera que no llegan a delinear bien su personalidad biológica, psicológica y social, es decir, criminológica, a pesar de estar obligados a ello.

“PENA INDIVIDUALIZACION DE LA. REQUISITOS.- Para una correcta individualización de la pena no basta hacer una simple cita de los preceptos legales que regulan el arbitrio judicial sobre el particular ni es suficiente hablar de las circunstancias que enumeran, con el mismo lenguaje general o abstracto de la ley; es menester razonar su pormenorización con las particularidades del reo y de los hechos delictuosos, especificando la forma y manera como influyen en el ánimo del juzgador para tenerlo en cierto

punto entre el mínimo y el máximo." Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Segunda Parte, Vol., p. 84, II, p. 98, Vol. X, p. 93, Vol. XLIX, p. 71, Vol. LX p. 36.

Si los jueces analizaran a fondo todas estas circunstancias no habría razón de ser del agravamiento de la pena que en la reincidencia consigna el Código Penal.

Tenemos que la peligrosidad o temibilidad es, en los códigos punitivos, la base que ha de alumbrar el arbitrio judicial a la hora de dictar la punición. La peligrosidad es la medida de probabilidad de que un individuo delinca en el futuro; resulta entonces, una característica derivada de un pronóstico de conducta. Este pronóstico es un juicio de posibilidad y no una certeza, atiende a lo que el sujeto puede hacer y no a lo que hizo. Por lo que además el criterio de peligrosidad en la individualización de la pena es incompatible con el principio de culpabilidad que ya mencionamos, razón por la cual debería desaparecer el aumento adicional de la pena en el caso de la reincidencia, utilizando en esos casos las circunstancias peculiares del delincuente.

Es pertinente señalar el criterio de la Suprema Corte de Justicia, mismo que compartimos, al señalar:

"REINCIDENCIA, INDEBIDAMENTE CONSIDERADA PARA AGRAVAR LA PELIGROSIDAD SI SE PUNIO AUTONOMAMENTE LA.- La Sala resolutora al confirmar en la sentencia reclamada todo lo relativo al capítulo de penas, sancionó el error en que incurrió el juez instructor, de castigar doblemente al aquí quejoso en función de su reincidencia, en tanto que, impuso a éste específicamente por ese concepto, la pena de

dos meses de prisión ordinaria y no obstante que la reincidencia había sido ya penalizada, fue tomada en cuenta también para graduar la peligrosidad del sentenciado, lo cual implica una doble agravación de pena, en razón de una sola causa." Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Octava Epoca, Tomo II. Segunda Parte-2, p. 468. Amparo Directo 160/88 Dagoberto Castro Ochoa, 9 de septiembre de 1988, Unanimidad de votos, Ponente. Pablo Antonio Ibarra Fernández.

"PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA, . SEGUN LA PELIGROSIDAD.- La peligrosidad del sujeto activo constituye uno de los fundamentos del arbitrio judicial en la adecuación de las sanciones el que no sólo debe atender al daño objetivo y a la forma de su consumación, sino que deben evaluarse también los antecedentes del acusado, pues el sentenciado, por imperativo legal, debe individualizar los casos criminosos sujetos a su conocimiento y con ellos las sanciones que al agente del delito deben ser aplicadas, cuidando que no sean el resultado de un simple análisis de las circunstancias en que el delito se ejecuta y de un enunciado más o menos completo de las características ostensibles del delincuente, sino la conclusión racional resultante del examen de su personalidad en sus diversos aspectos y sobre los móviles que lo indujeron a cometer el delito." Sexta Epoca, Segunda Parte Vol. VI, p. 211, Amparo Directo 43/61 José Paredes González y Coags. Unanimidad de 4 votos.

Ahora bien, el juez cuenta con un amplio arbitrio para poder determinar la pena aplicable para el caso concreto, teniendo que estimar para esto, el grado de culpabilidad del agente, que va a consistir en la libertad de decisión del hombre, dando paso a la comprensión o encausamiento en la persona para tener un

mínimo de capacidad de determinación que el ordenamiento jurídico requiere, para que en consecuencia declarar la probable responsabilidad jurídico penal, que esto va a implicar también la imputabilidad y la salud mental del sujeto.

Teniendo así que el juez con estos elementos, además de los señalados en las fracciones del artículo 52, puede determinar el grado de culpabilidad, ya sea una culpabilidad mínima o una máxima. En el caso de la reincidencia el juez, al tener comprobada esta, de acuerdo a su culpabilidad del agente puede determinar que su culpabilidad es intermedia, o en su caso máxima; y así no imponerle la obligación al juez de aumentarle la penalidad al reincidente, ya que este cuenta con los suficientes elementos para establecer la culpabilidad del sujeto; ya que le es más favorable un criterio de peligrosidad, que una declaratoria de reincidencia. Al respecto cabe señalar:

"PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. REINCIDENCIA Y ANTECEDENTES PENALES. DIFERENCIAS.- No puede confundirse la reincidencia, como institución peculiar del Derecho Penal, con la sola agravación de la pena porque existan antecedentes penales. Aunque ambas son sanción a la repetición de la conducta criminosa, para el reincidente se señala un incremento severo adicional a la pena, independientemente de que en forma correlativa se aumente el criterio sobre la peligrosidad. No deben entonces equipararse los efectos del tiempo establecidos para la reincidencia (su inoperancia si ha transcurrido un tiempo igual al de la prescripción de la pena), con la diversa agravación por un hecho cierto y perenne, como lo es el del antecedente penal, en que se basa el cálculo de peligrosidad. La mutación en el mundo de relación originada por el antecedente, no puede ser ignorada aun por el transcurso del tiempo; no así el

efecto concreto de la pena para el que reincide, o sea el intimidatorio, ejemplar, correctivo que obra al aplicarse esa sanción adicional. Pero a la vez, para el sentenciado, resulta más favorable un criterio de peligrosidad, que uno de reincidencia, puesto que en caso de reiteración, esta última involucra también el antecedente, pero no a la inversa". Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Séptima Época, Volumen 145-150, Parte Segunda, Amparo Directo 6679/80. José Cantú Pérez. 30 de junio de 1981. 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Gonzalo Ballesteros Tena.

CAPITULO IV

LOS ASPECTOS DE LA REINCIDENCIA CONTEMPLADOS EN LA CONSTITUCION MEXICANA

CAPITULO IV. LOS ASPECTOS DE LA REINCIDENCIA CONTEMPLADOS EN LA CONSTITUCION MEXICANA

4.1 EL ARTICULO 133 CONSTITUCIONAL

El artículo 133 consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala lo siguiente:

“Artículo 133.- Esta Constitución las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.³⁵

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es nuestra ley suprema, ella debe prevalecer sobre cualquier otra ley, y sus disposiciones referentes a los derechos del hombre, que garantiza en sus primeros 28 artículos, debe ser una norma limitativa de la actuación de todas las autoridades, toda vez que los derechos del hombre son base imprescindible de la convivencia social, y en consecuencia, su efectividad práctica debe ser reconocida y aplicada por los órganos gubernativos, a fin que sus actividades, se desarrollen sin perjuicio de ninguno de los derechos humanos, que por estar garantizados en la Constitución, su respeto interesa al orden público que deriva de nuestro régimen de derecho.

³⁵ CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 117 edición, Editorial Porrúa S. A., México 1997, pág. 142

A pesar de que al parecer el artículo 133 en comento, coloca en igualdad de circunstancias a la Constitución, a las leyes del Congreso y a los tratados, no cabe la menor duda que es la primera la que está por encima de las demás. Los artículos 2 a 28 de la Constitución Política en cita, expresan los diversos derechos de que disfruta toda persona dentro de nuestro territorio. Dichos preceptos garantizan el libre ejercicio de esos derechos, con las restricciones y las modalidades que los mismos preceptos especifican.

Tales derechos son substancialmente los derechos del hombre, o sea, los que deben reconocerse a todo ser humano, por su sola calidad de humano, y ninguna ley ni ordenamiento puede pasar por encima de tales derechos.

Dado que la Constitución garantiza el respeto de los derechos del hombre, que la misma Constitución declara, es consecuencia natural, jurídica y política, que las autoridades de todo género conformen su actuación a ese respeto.

Por lo que ninguna ley expedida por el Congreso de la Unión puede pasar por alto los lineamientos que establece la propia Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

4.2. ANALISIS DEL ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL EN CUANTO A LAS HIPOTESIS

a) “Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias”.

Esta garantía de seguridad jurídica, contenida en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en que ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias y es la primera garantía que contiene este artículo, donde la prohibición es en materia penal. “No creyendo en la infabilidad de la justicia humana, profesamos la doctrina de que cabe muy bien y aún la de que es necesaria la revisión de las sentencias judiciales; pero también creemos, que verificada la revisión de la sentencia con aquellas garantías de acierto que es posible de la justicia humana, no tiene ya razón de ser una revisión ulterior”.³⁶

La instancia es un procedimiento, es decir, un conjunto de actos procesales, que se inicia en el momento en que la acción se ejercita o a partir de cierto acto procesal, que concluye cuando el órgano jurisdiccional pronuncia la resolución que decide la cuestión planteada en la litis por el actor y el demandado. La sentencia que establece dicha decisión, es pues, el acto culminatorio de una instancia procesal. Cuando dicha resolución es impugnada mediante algún recurso ordinario, que generalmente es la apelación, se abre un nuevo procedimiento, una nueva instancia, que comienza con el acto de interposición del medio procesal de impugnación y termina con la decisión que emite el órgano ante el cual éste se interpone, confirmando, modificando o revocando la resolución combatida. Con esto se pone término la segunda instancia.

Ahora bien, para que pueda hablarse de una segunda o tercera instancia, es necesario observar si en el procedimiento que se desarrolla a consecuencia de la interposición del recurso, se conservan los elementos y objetivos esenciales del

³⁶ MONTIEL YDUARTE, ISIDRO. Estudio sobre Garantías Individuales. 3ª edición, facsimilar. Editorial Porrúa S. A. de C.V., México 1979, pág. 459

primer o segundo proceso en sus respectivos casos. En nuestro Derecho únicamente existen dos instancias.

Efectivamente, cuando se interpone el recurso ordinario en contra de la sentencia que pone fin al primer procedimiento (primera instancia), la secuela procesal que surge como consecuencia de la interposición de aquél, tiene como objetivo revisar la sentencia impugnada mediante la resolución de la litis planteada inicialmente, por lo que los sujetos procesales, con excepción del órgano jurisdiccional, son los mismos. La segunda o tercera instancia, en sus correspondientes casos no son juicios nuevos, distintos del procedimiento primero o primera instancia, sino etapas de un solo proceso, en el cual conserva en éstos sus elementos subjetivos (partes) y objetivos esenciales (solución de la litis planteada originalmente).

En síntesis, para saber si un determinado procedimiento que se desarrolle como consecuencia de la interposición de un recurso contra una sentencia, tiene el carácter de segunda instancia, hay que atender a los elementos subjetivos y objetivos procesales, que son los mismos en cualquiera de las instancias de un solo juicio, con excepción del órgano jurisdiccional.

El artículo 23 constitucional en análisis, al disponer que “ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias” establece la imposibilidad de que la resolución recaída en el procedimiento desarrollado por la interposición del recurso ordinario contra la sentencia de segunda instancia, sea a su vez atacable por un medio ordinario creador de un nuevo estadio del juicio.

“En la determinación del número de instancias entran en conflicto dos valores: el de seguridad y el de justicia.”³⁷ Conscientes de la posibilidad de error, natural en el hombre, la justicia nos exige que se otorgue a las partes la posibilidad de impugnar, en una segunda instancia, aquellas resoluciones de primera instancia que estimen violatorias de sus derechos. Con idéntico fundamento podría pretenderse el establecimiento de una tercera, de una cuarta y, en fin, de un número ilimitado de instancias. Pero el Derecho surge al impulso de una perentoria necesidad humana de seguridad, y ésta impone que se limite el número de las instancias y que, tramitada la última admisible, pueda atribuirse a la resolución que en ella se dicte el carácter de verdad legal.

Ahora bien, en un proceso penal conforme con los derechos humanos debe, por una parte, limitar el número de instancias de las que dispone la acusación, a fin de no prolongar indefinidamente el juicio penal a través de múltiples instancias en las que quedaría siempre sub judice la inocencia o culpabilidad del acusado, difiriéndose el pronunciamiento definitivo sobre su condena o absolución.

En nuestro país, la primera instancia penal se abre siempre a petición de parte del Ministerio Público, a quien tanto la doctrina como la jurisprudencia acuerdan en otorgar el monopolio de la acción penal, con fundamento en el artículo 21 constitucional. También por solicitud del representante social puede iniciarse la segunda instancia o apelación, salvo en las sentencias dictadas en los procedimientos sumarios federales contra las cuales no procede recurso alguno y que, en consecuencia, dan término a procedimientos uniinstanciales, pero en el Distrito Federal sí procede el recurso. El Ministerio Público no puede dar

³⁷ ZAMORA PIERCE, JESUS. Garantías y Proceso Penal. 6ª edición. Editorial Porrúa S.A., México 1993, pág. 438.

principio a otras instancias, aunque si bien se le oye en aquellas otras que puede iniciar el inculpado.

La segunda instancia solamente se abrirá a petición de parte legítima, pero no procederá ningún recurso, o no se abrirá la segunda instancia cuando la parte agraviada se hubiere conformado expresamente con la resolución o procedimiento, o cuando no se interponga el recurso dentro de los términos que la ley señala.

El inculpado, por su parte, se ve siempre llevado, en contra de su voluntad, a la primera instancia, como consecuencia del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, pero puede, como éste, apelar la sentencia de primera instancia, si estima que le es contraria, dando así principio a la segunda. A partir de ese momento tiene acceso a una serie de recursos que le están vedadas a la parte acusadora.

A saber, en el procedimiento de apelación, el inculpado puede lograr la modificación de la sentencia apelada, o bien su íntegra revocación, pero igualmente puede obtener la reposición del procedimiento, si lo solicita expresamente invocando violaciones manifiestas del procedimiento que lo hayan dejado sin defensa. Se diría que el procedimiento repuesto vendría a constituir la tercera instancia, y la cuarta sería aquella en la que el Tribunal conozca de la apelación contra la sentencia dictada en el procedimiento repuesto. Y a esta sentencia podrá interponerse un amparo, pero aún más, resuelto el amparo el condenado tiene todavía a su disposición una instancia, llamada indulto necesario o reconocimiento de la inocencia del sentenciado.

Aunque podría decirse que esto es así, en realidad esto no sucede, el inculpado cuando es notificado de la resolución judicial y considera que se encuentra dentro de las hipótesis que señalan los Códigos de Procedimientos Penales, tanto el Federal (art. 367) y como el del Distrito Federal (art. 418), el Tribunal de Alzada va a calificar si resulta procedente o no la reposición del procedimiento, si esto es así, se mandara la ejecutoria al juzgado respectivo, para que se reinicie el procedimiento, o sea que la resolución de primera instancia que fue dada, queda sin efectos, y por lo tanto no se puede considerar una instancia ya agotada. Al respecto es conveniente señalar la siguiente jurisprudencia donde pone de manifiesto lo señalado anteriormente:

“NON BIS IN IDEM. RESOLUCIONES COMPLEMENTARIAS QUE NO VIOLAN EL ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.- Si bien es verdad que la garantía que otorga el artículo 23 constitucional es que no se juzgue dos veces a una persona por los mismos hechos delictivos, esto no sucede si por error del tribunal de alzada se dejaron de estudiar en la primera resolución los agravios que se hicieran valer en tiempo, y para subsanarlo, se dicta una segunda resolución en la que se hace un análisis de los mismos, y con más razón cuando en la misma se beneficia al inculpado, y en los puntos resolutiveos se dice que la misma forma parte de la sentencia anterior.” SEPTIMA EPOCA, Segunda Parte, Volumen 19, pag. 35 Amparo Directo 58/70. Paz González Antonio, 2 de julio de 1970, Unanimidad de 4 votos, Ponente: Mario Rebolledo Fernández.

Resulta pues, que los juicios criminales de acuerdo a la disposición contenida en la primera parte del artículo 23 constitucional tiende a evitar que se prolonguen

indefinidamente los juicios de carácter penal, prohibiendo que tengan más de tres instancias. Es por eso que las leyes sólo prevén dos.

Como ya dijimos, para que se pueda hablar de instancias de un juicio, deben presentarse ciertos elementos idénticos. En materia penal, esos elementos son dos: la persona acusada y los hechos cuya comisión se le imputa. En toda instancia en la que coincidan el inculpado y el delito, estaremos ante una etapa diversa de un juicio único.

En cuanto a la reincidencia, el Código Penal faculta al juzgador para tomar en cuenta un delito que cometió con anterioridad el inculpado para cuantificar la pena del nuevo delito cometido, entonces estamos ante una instancia más del delito ya castigado; aunque si bien es cierto no es un procedimiento en el cual nuevamente de inicio el ejercicio de la acción penal por ese delito, por parte del Ministerio Público, si es tomada en cuenta esa conducta que ya fue juzgada e incluso cumplida la sanción impuesta, para así aumentarle la pena en individualización de la pena por el delito cometido posteriormente. Y no debemos olvidar que, “la terminante prohibición constitucional de que tratamos implica una restricción insuperable para los poderes legislativos de la Federación y de los Estados, al vedarles la expedición de leyes penales en que se instituya una cuarta instancia. Esto obedece a que no se puede prolongar indefinidamente un juicio penal mediante la creación legal de múltiples instancias en las que quedaría siempre sub iudice la inocencia o culpabilidad de un acusado, difiriendo inhumanitariamente el pronunciamiento definitivo sobre su condena o absolución.”³⁸

³⁸ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Las Garantías Individuales. 25ª Edición, Editorial Porrúa S. A., México 1994, pág. 667

b) “Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”.

Para facilitar el estudio de las garantías contenidas en el artículo 23 constitucional, se alterará el orden y se analizará primero la garantía consistente en “queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”, establecida en la parte final de dicho artículo. Todo juicio de orden penal tiende a condenar o absolver al procesado, atendiendo a la existencia o no de su responsabilidad en la perpetración de un delito.

La culminación fatal necesaria, de un procedimiento penal, está constituida por una sentencia condenatoria o absolutoria, salvo casos excepcionales, verbigracia cuando muere un reo durante el juicio, pues entonces el proceso se sobresee. La absolución de la instancia es un fenómeno consistente en que un proceso penal determinado no concluye con una sentencia absolutoria o condenatoria, fuera de las hipótesis apuntadas, sino que queda en suspenso mientras no aparezcan nuevos elementos para continuarlo.

Absolver de la instancia, significa un proceso sin resolución, que dirima el litigio planteado por las partes. Tal acto faculta para iniciar una nueva instancia o procedimiento, salvando las omisiones y deficiencias de la acción, de las pruebas, que en el proceso anterior no permitieron obtener una sentencia condenatoria, se crea incertidumbre al no poner término a una instancia judicial, no se resuelve la inocencia o responsabilidad del sujeto.

Por lo que de acuerdo con la garantía de seguridad jurídica consistente en la prohibición de absolver de la instancia, toda autoridad judicial que conozca de un

proceso penal tiene obligación de pronunciar en éste una sentencia absolutoria o condenatoria, según las constancias de autos.

Una vez que se inicie la primera instancia penal, el acusado tendrá derecho a que se lleve hasta su fin, pues no podrá absolverse de esta instancia. El fin de la instancia será una decisión judicial que resuelva el fondo de la litis y que, en consecuencia, absuelva o condene al acusado. El acusado será juzgado mediante el procedimiento que tendrá como máximo, tres instancias (aunque la ley nada más contempla dos), y una duración máxima de un año, (sí la pena excede de dos años de prisión, conforme lo establece el artículo 20 fracción VIII de la propia constitución). Terminando el juicio en sentencia ejecutoria, el mismo individuo no podrá ser juzgado nuevamente por los mismos hechos.

El artículo 25 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 16 de junio de 1856, establecía únicamente la garantía jurídica consistente en que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Al presentarse dicho proyecto a debate, se trató también el tema de la absolución de la instancia.

Sin embargo, se podría decir, se ha adoptado el sistema de absolver de la instancia al procesado, cuando por una parte no se prueba plenamente su inocencia, y por otra parte se ve que la acusación, aunque no probada, no se ha intentado sin algún fundamento, porque en semejante caso, según dicen los criminalistas, no hay méritos para darle por libre absolutamente ni para

condenarlo. Y no debemos olvidar que: “todo hombre se halla en posesión de su inocencia, mientras no se prueba claramente que la ha perdido”.³⁹

A pesar pues de que la ley no conoce más que una absolución, se distinguen prácticamente dos especies, la absolución libre, es decir, la absolución de la demanda o del juicio, y la absolución de la instancia.

La primera es absoluta, completa, definitiva, da enteramente por libre al acusado, exonerándole de la acusación o querrela, y justificándole plenamente; impone perpetuo silencio al acusador; cierra el juicio. La segunda no es sino relativa, imperfecta, interina, se limita sólo a los autos de los hechos; deja la puerta abierta a nuevas pesquisas, y suspende más bien que ponerle fin al juicio, el cual puede abrirse o instaurarse si después sobrevienen pruebas, a las que se juntan las antiguas reproduciéndolas de nuevo.

Seguramente cuando no hay elementos para condenar al reo, los hay para darle por libre, porque no pudiendo condenarse a nadie sin que las pruebas sean tan claras como la luz, ha de declararse inocente al que no se puede decir absolutamente culpable. Y la libertad que se le debe de dar en tal caso, no puede menos que ser completa y absoluta, con los efectos que produce la sentencia definitiva, pues de otro modo serían ilusorias las leyes que fijan plazos para probar y juzgar. Se haría más ventajosa la posición del acusador que la del acusado, contra lo que establece el derecho.

“A propósito de los juicios criminales, si ha de ser efectiva la seguridad personal, necesario es sancionar el principio de que las molestias y vejaciones a que da

³⁹ ZAMORA-PIERCE, JESUS, Op. Cit. p. 483

lugar una causa criminal deben tener un término que consiste precisamente en la sentencia, y para que este término sea definitivo, necesario es que ésta constituya absolución o condenación neta, precisa y terminante".⁴⁰

El Poder Judicial de la Federación ha resuelto lo siguiente:

"ABSOLUCION DE LA INSTANCIA.- El artículo 23 constitucional prohíbe la práctica de absolver de la instancia, que consistía en que el reo no quedaba absuelto de responsabilidad, sino que se dejaba a salvo la posibilidad de iniciar una nueva instancia o procedimiento en su contra, para llegar a una condena que no se pudo obtener en la sentencia anterior, por deficiencia de las pruebas de cargo". *Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Segunda Parte, Vol. XLVIII, p. 15*

Así que, cuando la Constitución prohíbe tales actos de autoridad, se brinda a los gobernados seguridad jurídica en los juicios penales, consistente en que una vez ejercitada la acción penal, si no se suspende el procedimiento porque el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia, el juzgador deberá de resolver sobre la validez de la pretensión jurídica, ya en el auto de formal prisión y dentro del término que prevé el artículo 19 Constitucional, o bien, en la sentencia que termina en forma definitiva el juicio.

La disposición constitucional en estudio, ordena al juez o al Tribunal de Apelación, determinar la trascendencia jurídica de la acusación, absolviendo o condenando; pero nunca dejando sin efectos la acción penal ejercitada, y

⁴⁰ MONTIEL YDUARTE, ISIDRO. Op. Cit. pág. 456

facultando a la representación social para ejercer de nueva cuenta este derecho originando un segundo proceso.

Las garantías en estudio se complementan unas con otras, de tal forma que si faltara una de ellas, el sistema que en conjunto forman, quedaría obstruido y sin protección adecuada los del acusado.

A este respecto, cabe señalar:

"ACUMULACION EN MATERIA PENAL.- Si ha petición de las partes y con su entera conformidad, hubo acumulación de procesos y causó estado la resolución que le decretó, siendo de la misma naturaleza misma de la acumulación que se resuelvan en una misma sentencia los procesos acumulados, al dejarse abierta la averiguación respecto de uno de ellos, en la sentencia reclamada, equivale a la absolución de la instancia, que está prescrita por el artículo 23 de la Constitución Federal; por cuya razón debe concederse por este concepto, la protección constitucional". Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Segunda Parte, Vol. CIV, p. 559.

Lo cierto es que a casi 80 años de que empezó a regir la Constitución de 1917, que consigna la prohibición de absolver de la instancia, para evitar que pudieran producirse abusos que dieron origen al citado precepto, la absolución de la instancia podría darse, en los casos en que se dicta auto de libertad por falta de elementos para procesar, o bien se resuelva la libertad por desvanecimiento de datos señalados en el auto de formal prisión, que sirven de base para tener al detenido como presunto responsable. En ambos casos, la resolución judicial no impide posteriormente, con fundamento en otras pruebas, se proceda de nuevo en

contra del inculpaado. (Art. 167 Código Federal de Procedimientos Penales, 302 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Pero eso no sucede así ya que la ley lo prevé; al respecto es conveniente señalar la siguiente tesis de jurisprudencia:

***RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA. CASO EN QUE ES INFUNDADA LA SOLICITUD DE.-** Si los elementos que obran en la averiguación previa, no fueran suficientes a juicio del juzgador para dictar auto de formal prisión, por lo que en su lugar se decretó libertad con las reservas de ley, ello no impide al titular de la acción persecutoria, aportando nuevos elementos probatorios, ejercitar nuevamente acción penal, situación que se encuentra prevista en el artículo 167 del Código Federal de Procedimientos Penales en relación con el artículo 23 constitucional, es la parte que establece que queda prohibida la práctica de absolver de la instancia, pues claramente autoriza al Ministerio Público para que si aparecen nuevos elementos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado en su comisión, nuevamente ejercita acción de que es titular en términos del artículo 21 constitucional. En tales circunstancias, es evidente que el sentenciado no es juzgado dos veces por los mismos hechos, cuando el Ministerio Público, conforme a las facultades que le han sido conferidas, únicamente aporta nuevos elementos en la averiguación previa que da origen al proceso que culmina con sentencia condenatoria, aún cuando en ocasión anterior hubiera consignado los hechos, si los datos y probanzas aportadas no fueran suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpaado, razón por la cual se dictó un auto de libertad por falta de elementos para procesar "con las reservas

de ley”, expresión esta última cuyo alcance se refiere a lo expuesto anteriormente, esto es, a que el titular de la acción penal pueda ejercerla nuevamente, si aporta nuevos datos y probanzas.” OCTAVA EPOCA, Tomo VIII Agosto , Tesis 1ª XX/91, pag. 61. reconocimiento de inocencia 7/89. Guillermo Alfaro Esquivel. 11 de febrero de 1991, unanimidad de votos, ponentes: Clementina Gil de Lester.

c) “Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”.

A esta garantía, los doctrinarios le han llamado “principio non bis in idem”.

Determinemos en primer lugar que se entiende por ser juzgado o haber sido juzgado, se entiende que se ha sido juzgado, cuando a un individuo que haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme e irrevocable (contra la que ya no procede legalmente ningún recurso), es decir, únicamente cuando se haya pronunciado en un juicio penal una sentencia ejecutoriada en los términos establecidos por los ordenamientos penales procesales, o una resolución que tenga su misma eficacia jurídica (auto de sobreseimiento de la causa), no puede ser nuevamente enjuiciado por el delito que haya motivado el acto jurisdiccional ejecutorio definitivo.

Es preciso aclarar que el delito por el cual ninguna persona puede ser procesada dos veces, no puede consistir en la tipificación legal de un hecho humano sino este mismo acto sea juzgado dos veces. De esta manera, aunque se haya pronunciado un fallo condenatorio o absolutorio considerando a un hecho bajo

determinado carácter delictivo, este mismo hecho, observado a través de una estimación delictiva diferente, no puede originar un segundo juicio, a pesar de que el delito, en su configuración jurídica legal, sea distinto.

Cabe señalar que, para la Suprema Corte de Justicia de la Nación es juzgado, únicamente aquél cuyo proceso termina por sentencia ejecutoria, y así lo dispone en Jurisprudencia:

“ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.- La garantía concedida por el artículo 23 Constitucional implica que fenecido un juicio por sentencia ejecutoriada, no se podrá intentar de nuevo la acción criminal por el mismo delito, y contra la misma persona, ya que el fallo correspondiente absuelva o condene el reo; de modo que sólo existe la transgresión del repetido artículo 23 constitucional en el caso de que se haya dictado sentencia irrevocable, pero si tal sentencia no se dictó, nada impide que se abra de nuevo proceso, en donde se dicte resolución firme”. Apéndice de Jurisprudencia Definitiva 1917-1954, Primera Sala, Tesis 135, p. 303.

Sin embargo, el artículo 20 fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que en todo juicio del orden criminal, el acusado será juzgado antes de un plazo máximo de un año. La Corte, por otra parte, ha resuelto que, en este caso, la garantía de “ser juzgado” otorga tan sólo el derecho a la sentencia de primera instancia y no a la de segunda instancia o ejecutoria.

Para que se viole esta garantía debe haber una identidad de las acciones, para considerar que se está juzgando dos veces por el mismo delito. Dos procesos

penales serán idénticos, por ejemplo, aún cuando las correspondientes averiguaciones penales se hayan iniciado por denuncia, o por querrela, presentada por dos personas diferentes.

A este respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado de la siguiente forma: “La prohibición del artículo 23 Constitucional se refiere a los hechos constitutivos del delito motivo del proceso, no a su clasificación”.⁴¹

“ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.- Este precepto, al ordenar que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, sea que en el juicio se le absuelva o se le condene, se refiere a los hechos que constituyen la infracción penal motivo del proceso, pero no a su clasificación jurídica o legal, y si los hechos son los mismos y el Tribunal de Alzada no resuelve sobre ellos, sino que nulifica la sentencia del juez de primera instancia y le devuelve el proceso para que lo falle nuevamente, por considerar que ha habido una violación sustancial del procedimiento, con ello viola el citado artículo 23 constitucional y procede conceder el amparo al agraviado, para los efectos de que el tribunal dicte la resolución que corresponda, confirmando, revocando o reformando la del Juez de Primera Instancia”. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo CXVIII, p. 305.

Ahora bien, entre dos causas penales que se pretende identificar para los efectos de la garantía Non Bis in Idem, debe existir una coincidencia subjetiva: el proceso en ambas causas debe ser la misma persona. Carecerá de importancia que, en los diversos procesos, se designe a esa misma persona con otro nombre.

⁴¹ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Quinta Epoca, Tomo XXXII, pág. 2081

Así que, esta garantía no protege al acusado a quien se procesa y juzga con posterioridad, sea en la misma causa o en otra diferente, cuando son hechos diversos a los que dieron origen al proceso, el cual ya hay cosa juzgada. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

"NON BIS IN IDEM, INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE, CUANDO NO HAY IDENTIDAD DE LA PERSONA.- La institución de la cosa juzgada en materia procesal penal, se encuentra consagrada como garantía individual en el artículo 23 de la Constitución Política del país, a través del principio "Non bis in idem" que significa que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. Y siendo la identidad de persona elemento de la cosa juzgada, está no existe cuando los coacusados del inculpado hayan sido absueltos por otro órgano jurisdiccional (por ejemplo, el jurado Popular), en relación al mismo caso, sin que el hecho por el que se le condena al inculpado haya sido anteriormente objeto de juicio alguno, pues la resolución dictada contra los acusados, sólo tiene autoridad de cosa juzgada en función exclusiva de ellos". Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Segunda Parte, Vol. CXXIV, Primera Sala, p. 38

"NON BIS IN IDEM. CUANDO NO SE VIOLA EL PRINCIPIO DE.- No puede decirse jurídicamente que existe violación al segundo de los supuestos que consagra el artículo 23 constitucional, que se refiere a que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, por el hecho o circunstancia de que a una persona se le instruyen dos procesos por ilícitos de la misma naturaleza, si del material probatorio existente se justifica que ambos se cometen en actos distintos". SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO. Octava Epoca, tomo XXI- julio p. 251 Amparo Directo 9/93, José Gaudencio Zavale Muñoz. 27 de

mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Arturo Balzábal Maldonado.

Podemos decir entonces que para que exista violación al principio non bis in idem, en primera debe existir identidad en la persona, esto es que la persona a quien se le está juzgando por segunda vez, tiene que ser la misma, aunque tenga otro nombre, el segundo elemento es que los hechos por los que se les está juzgando con posterioridad sean los mismos por los que se le juzgo, y a ese delito haya recaído una sentencia ejecutoria dictada por un Tribunal Competente, porque si esto no es así, no se puede hablar que hay una sentencia ejecutoria, ya que se tutela que no existan varios juicios por los mismos hechos, en contra de la misma persona

Al establecer el Código Penal, que el juzgador debe tomar en cuenta la reincidencia para la individualización de la pena, se está violando esta garantía de non bis in idem, ya que para que exista la reincidencia, como ya analizamos anteriormente, es necesario que exista una sentencia ejecutoriada; y según este principio, cuando existe una sentencia ejecutoriada, no se puede volver a juzgar por los mismos hechos al mismo individuo; ya que se le sigue reprochando su conducta anterior, misma que ya fue sancionada y cumplida, por otra parte considero que la reincidencia al imponerle la obligación al juez de aumentarle la pena al acusado por delito doloso calificado por la ley, está rebasando lo que establece la propia constitución, y como se ha mencionado los dictados contenidos en ella deben significar límites y restricciones para el Congreso de la Unión y para los demás poderes de la Unión al momento de expedir las legislaciones. Esto es tiene que ser sancionado por su conducta delictiva, si dos

veces lo hace, dos sanciones han de imponérsele, y así progresivamente, teniendo a cada delito una punición.

Así mismo el Código Penal en el Libro Primero, Título Quinto, Capítulo IX expresa “existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos.

“Art. 118.- Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que este conociendo. Si existen dos sentencias sobre los mismos hechos, se extinguirán los efectos de la dictada en segundo término”.⁴²

Por lo tanto considero que la reincidencia vulnera dos principios:

- 1.- El principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, y
- 2.- El principio de culpabilidad. Ya que el nuevo delito cometido se le esta reprochando, pero además se le sigue reprochando el delito anterior, donde ya se le había impuesto una pena por ese delito.

“El sujeto que comete un delito ha de ser sancionado por su conducta delictiva. Si dos veces lo hace, dos sanciones han de imponérsele, y así progresivamente, a cada delito, una punición”.⁴³

⁴² CODIGO PENAL. Op. Cit. pág. 29

⁴³ AZZOLINI, ALICIA, DE LA BARRERA, LUIS. El derecho Penal Mexicano. Ayer y Hoy. Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, México 1993, pág. 45.

En lugar de señalar la punibilidad como obligación del juzgador en el segundo párrafo del artículo 65 del ordenamiento punitivo, como medida para castigar la mayor peligrosidad de un individuo, debería sustituirse por verdaderos planes y programas de readaptación y reinserción a la sociedad de un reo, razón por la cual se justifica la existencia de los reclusorios.

En otro orden de ideas, los reclusorios fueron creados para fomentar la readaptación de un delincuente, así como para su reinserción a la sociedad; esta debería traducirse en que el delincuente que ha sido sometido a una privación de la libertad, al regresar a su realidad social, lo haya convencido de que existen conductas que hacen peligrar la paz social y por lo tanto van en contra del bienestar común, por lo que él no debe realizarlas. Por lo que es necesario que las personas privadas de su libertad, en un reclusorio o penitenciaria tengan como obligación el realizar un trabajo u oficio y este a su vez sea remunerativo, y una educación, para así prevenir la reincidencia y lograr así una total readaptación del sentenciado.

En cuanto a los substitutivos penales, para poder otorgarlos se debe analizar a fondo al inculcado, para poder determinar si estos son suficientes para que él asimile que la conducta por la que se le condenó afecta a la sociedad y no vuelva a cometer tales conductas.

En lugar de señalar la punibilidad como obligación del juzgador en el segundo párrafo del artículo 65 del ordenamiento punitivo, como medida para castigar la mayor peligrosidad de un individuo, debería sustituirse por verdaderos planes y programas de readaptación y reinserción a la sociedad de un reo, razón por la cual se justifica la existencia de los reclusorios.

En otro orden de ideas, los reclusorios fueron creados para fomentar la readaptación de un delincuente, así como para su reinserción a la sociedad; esta debería traducirse en que el delincuente que ha sido sometido a una privación de la libertad, al regresar a su realidad social, lo haya convencido de que existen conductas que hacen peligrar la paz social y por lo tanto van en contra del bienestar común, por lo que él no debe realizarlas. Por lo que es necesario que las personas privadas de su libertad, en un reclusorio o penitenciaría tengan como obligación el realizar un trabajo u oficio y este a su vez sea remunerativo, y una educación, para así prevenir la reincidencia y lograr así una total readaptación del sentenciado.

En cuanto a los substitutivos penales, para poder otorgarlos se debe analizar a fondo al inculpado, para poder determinar si estos son suficientes para que él asimile que la conducta por la que se le condenó afecta a la sociedad y no vuelva a cometer tales conductas.

En el caso del requisito en el cual se exige, que la condena ejecutoria previa, se haya cumplido o que exista indulto de la misma; tenemos un caso especial, y es el relativo a la sustitución de sanciones, en especial la libertad condicional.

Se requieren cumplir varios requisitos para obtener la libertad condicional, pero en concreto la fracción VII del artículo 90 del Código Penal Federal, consigna que durante el término de duración de la pena, desde la fecha de la sentencia que cause ejecutoria, el condenado no diere lugar a nuevo proceso por delito doloso que concluya con sentencia condenatoria se considerará extinguida la sanción fijada en aquella, pero en caso contrario además de hacerse efectiva la primera sentencia, se le considerará reincidente en la segunda.

Esto implica dos situaciones: La primera relativa a que el sujeto que comete un delito doloso, durante el tiempo en el cual esta gozando del beneficio de la condena condicional, y da como resultado una sentencia ejecutoria, se tendrá como reincidente, independientemente de no haber cumplido totalmente la sentencia fijada en primer término, tan es así que la fracción en comento señala, que se hará efectiva la primera sentencia. La segunda se refiere a que si el sujeto goza de la libertad condicional, pero esta por concluir con su sanción y comete un nuevo delito, donde la sentencia es posterior al cumplimiento de su condena, es decir que transcurre el tiempo y cumple su condena anterior, lapso en el cual recae la sentencia posterior del delito cometido en segundo término, o sea que invariablemente se le tendrá como reincidente, sin importar que tipo de delito cometa, ya sea doloso o culposo; siendo esta una diferencia con el supuesto anterior, en el que solo se requiere cuando el delito cometido es doloso.

Como hemos visto en el primer supuesto, no se verifica el requisito relativo al cumplimiento de la condena, ya que si se comete un delito doloso el sujeto, a pesar de no haber terminado con la sanción impuesta, se le tiene como reincidente. A este respecto propongo derogar la fracción VII del artículo 90, del Código Penal Federal, ya que contraviene con uno de los requisitos que se exigen para la reincidencia, y con su naturaleza jurídica, partiendo de que la finalidad de la sanción impuesta, es que el sujeto sea readaptado a la sociedad, donde el sistema penal debe perseguir este fin; así como prevenir con esa sanción que vuelva a delinquir, sirviendo de castigo por haber contravenido el ordenamiento penal; pero si tenemos que no cumple con la sanción impuesta, no es posible declararlo como reincidente, puesto que no ha sufrido los efectos señalados anteriormente.

Para la aplicación de sanciones, el juzgador se sujeta a lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código en comento, esto es, el arbitrio judicial, en el cual hay varias cuestiones que dan un panorama de la personalidad del delincuente, para medir el grado de culpabilidad del agente. En este orden tenemos que los delitos, establecen penas, las cuales cuentan con un mínimo y un máximo de sanción, por ejemplo de cuatro a diez años al sujeto que realice determinada conducta. Si un sujeto es considerado reincidente por dos ocasiones, por haber cometido algún delito doloso calificado por la ley como grave, y es sancionado por su conducta delictiva, pero además se le impone una sanción más por esa situación, considero que se le esta juzgando por segunda vez los primeros delitos, ya que se le esta tomando en cuenta, al sancionar la última conducta. A este respecto propongo derogar el segundo párrafo del artículo 65 del Código Penal Federal, para que no se le imponga al juzgador la obligación de incrementar la pena, y mejor hacer un uso más adecuado del arbitrio judicial,

utilizando los límites mínimos y máximos que señalan cada delito en particular. El sujeto que cometa un nuevo delito se le estará juzgando por esa conducta realizada en ese momento y se le impondrá una sanción, pero no se le seguirá castigando una conducta que anteriormente haya realizado, ya que cumplió con la sanción impuesta.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El primer Código Penal en México, el Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835, ya establecía la reincidencia. Lo que sucedió posteriormente con los demás Códigos como el de 1871, 1929, y el Código Penal Federal que nos rige.

SEGUNDA: Respecto a la naturaleza jurídica de la reincidencia, la Teoría de la Insuficiencia de la Pena Ordinariamente impuesta, es el criterio que se define en nuestro Código Penal, ya que para la reincidencia se requiere que la condena que se le impuso al acusado sea cumplida. Asimismo, se toma en cuenta la Teoría de la Mayor Peligrosidad, dado que al realizar el juzgador la individualización de la pena, toma en cuenta la peligrosidad del sujeto, agravándole su situación por ser reincidente.

TERCERA: Hay reincidencia cuando el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier Tribunal de la República ó del Extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena ó desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la Ley.

CUARTA: Existen diversas clases de reincidencia, esta puede ser genérica y específica, ficta y real, nacional e internacional, por tiempo determinado y por tiempo indeterminado. Nuestro Código Penal establece la reincidencia genérica y específica, real, nacional e internacional y por tiempo determinado.

QUINTA: Para hacer una declaratoria de reincidencia se tiene que cumplir con ciertos elementos esenciales que son: 1.- la existencia de una condena por sentencia ejecutoria previa dictada en la República ó en el Extranjero, 2.- que la condena ejecutoria previa se haya cumplido ó que existe indulto de la misma, 3.- la comisión de un nuevo delito, dentro de un plazo igual al de la prescripción de la pena impuesta, contado desde el cumplimiento de la condena ó del indulto de la misma. De igual manera, existen los elementos de validez que son: una amonestación, que el condenado sea mayor de edad, que no se trate de delitos culposos, y que exista un pedimento.

SEXTA: De la redacción del artículo 20 del Código Penal señala excepciones, siendo la que marca el artículo 90 fracción VII, en la condena condicional. Respecto a esta excepción no estamos de acuerdo, puesto que le falta un requisito esencial que es el cumplimiento de la condena, por lo que se propone derogar esta fracción.

SEPTIMA: La reincidencia tiene consecuencias, las cuales son tomadas en cuenta para la individualización judicial de la pena. Además tiene la obligación el juzgador de imponer una pena adicional a los segundos reincidentes, que cometan algún delito doloso calificado por la ley como grave y no podrán gozar de los beneficios ó sustitutivos penales que la ley otorga, ni se les concede el indulto al reincidente por delito intencional.

OCTAVA: La habitualidad es una especie agravada de la reincidencia, y se considera está, cuando se realizan tres infracciones y estas se hayan cometido en un periodo que no exceda de 10 años.

NOVENA: La diferencia que existe entre la reincidencia y el concurso real de delitos es que en la primera existe una condena por alguno de los delitos cometidos y en el concurso no existe una sentencia ejecutoria.

DECIMA: La individualización judicial de la pena se basa en el grado de culpabilidad del agente, así como en la peligrosidad ó temibilidad del inculpado. El criterio de peligrosidad toma como base la medida de probabilidad de que un individuo delinca en el futuro.

DECIMA PRIMERA: El artículo 23 Constitucional en una de sus hipótesis señala que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, situación que considero se da en la reincidencia, en donde primeramente existe una sentencia ejecutoria con el cumplimiento respectivo de esa condena y posteriormente la comisión de otro delito, en el cual al sujeto que es reincidente por dos ocasiones por delito doloso calificado como grave por la ley, se le sigue tomando en cuenta su conducta anterior, al imponerle la obligación al juez de aumentarle la pena.

DECIMA SEGUNDA: La Constitución Mexicana es nuestra Ley Suprema, de acuerdo al artículo 133, debiendo prevalecer sobre cualquier otra. Por lo tanto propongo que se derogue, el segundo párrafo del artículo 65 del Código Penal Federal.

BIBLIOGRAFIA

- Azzolini, Alicia y Barreda Solórzano, Luis De La. El Derecho Penal Mexicano. Ayer y Hoy., Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, México 1993.
- Barreda Solórzano, Luis De La. Los jinetes de la Peligrosidad Revista Mexicana de Justicia 87 No. 4, Vol. 4. Octubre- Diciembre, 1987
- Burgoa Orihuela Ignacio. Las Garantías Individuales, 25a. edición, Editorial Porrúa S.A., México 1994
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 13a. edición, Editorial Porrúa S.A., México 1980
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 3a edición, Editorial Jurídica Mexicana, México 1965.
- Ceniceros, José Angel. Código Penal de 1929 y datos preliminares del Nuevo Código Penal de 31, Editorial Botas, México 1931.
- _____ . Ley Penal Mexicana, Editorial Botas, México 1934.
- _____ . Un Discurso sobre el Código Penal. Bosquejo de una Sociología de la delincuencia, Editorial La Justicia, México 1977.
- Cortes Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal, Cárdenas Editor, México 1992
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I. Parte General, Vol. 2a, 18a. edición, Bosch España 1981
- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo IV, Décima Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1997

- González Bustamante, Juan José. Derecho Procesal Penal Mexicano, Novena Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1988
- González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado, Precedido de las Reformas de las Leyes Penales en México, 12a. edición, Editorial Porrúa S.A., México 1996.
- Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leyes Penales Mexicanas, Tomo I, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1979.
- Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leyes Penales Mexicanas, Tomo II, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1979.
- Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal, Tomo II, 5a. edición, Editorial Temis, Bogotá 1972
- Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal, 5a. edición, Editorial Porrúa S.A., México 1993.
- Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal, Parte General, 2a. edición, Editorial Trillas, México 1990
- Montiel Yduarte, Isidro. Estudio Sobre Garantías Individuales, 3a. edición, de facsimilar, Editorial Porrúa S.A., México 1979.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, 8a. edición, Editorial Porrúa S.A., México 1987.
- Porte Petit, Candaudap Celestino. Evolución Legislativa Penal en México, 1a. edición, Editorial Jurídica Mexicana, México 1965
- _____ Porte Petit, Candaudap Celestino. Programa de Derecho Penal. Parte General, 3a. edición, Editorial Trillas, México 1990
- Ranieri, Silvio. Manual de Derecho Penal, Tomo II. Parte General, 4a. edición, Editorial Temis, Bogotá 1975
- Sodi, Franco. Nociones de Derecho Penal, 2a. edición, Editorial Botas, México 1950

- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 5a. edición, Editorial Porrúa S.A., México 1990
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Diar, Buenos Aires 1977
- Zamora- Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal, 6a. edición, Editorial Porrúa S.A., México 1993.

LEGISLACION

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 111a. edición, Editorial Porrúa S.A., México 1997
- Código Penal Federal, Ediciones Delma, México 1999.
- Código Penal para el Distrito Federal, Ediciones Delma, México 1999
- Código Federal de Procedimientos Penales, Ediciones Delma, México 1999
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Ediciones Delma, México 1999

OTRAS FUENTES

- Diario Oficial de la Federación, publicado el 5 de octubre de 1929, 3a. edición
- Diario Oficial de la Federación, publicado el 18 de mayo de 1999
- Criminalía, Año XXI, 1º de febrero de 1965, UAM.
- Revista Mexicana de Justicia 87, No. 4 vol. 4, octubre - diciembre 1987