

SECCIÓN MONOGRÁFICA

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REINCIDENCIA

Claudia CAMPUZANO CABALLERO

La reincidencia es un tema que no puede pasar desapercibido por quienes se encuentran vinculados con las cuestiones penales.

Ella se relaciona en la actualidad, no sólo al punto relativo a la individualización de la sanción penal, sino a la concesión o no de beneficios, que van desde la libertad provisional bajo caución hasta los alternativos o sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

El origen de la concepción de reincidencia se encuentra ligada a la aparición de la Antropología Criminal, con Cesare Lombroso. Hoy conocida como Criminología Clínica o Tradicional, para distinguirla de la Criminología Crítica.

Para este pensador italiano, la problemática delincinencial era una cuestión ontológica, con lo que se crea el paradigma en los finales del siglo pasado, una serie de estrategias políticas en relación con los anarquistas que estaban en boga en la República italiana.

Tal concepción teórica permitió, al ser introducida en el campo del Derecho Penal, a través de la corriente positiva del Derecho Penal, la construcción de postulados tales como el determinismo en la teoría de la culpa. De la temibilidad, desarrollada por Raffaele Garofalo, para la individualización de la pena. Y la concepción de la defensa social, elaborada por Marco Ferri, permitió dotar de nuevos fundamentos a la teoría de la pena, pues se habló de la prevención general y la prevención especial de ella.

Los nuevos paradigmas que rigieron al Derecho Penal, a lo largo del desarrollo de esta corriente, implicaron, necesariamente, concepciones tales como la posibilidad de actuar del estado aun antes de que se concrete delito alguno, por la concepción de temibilidad que acompaña al sujeto delincuente así nacido. También, la posibilidad de la indeterminación de la pena a virtud de las características del sujeto activo del delito, pues la finalidad de la pena es la de readaptar socialmente a quien ha nacido con características específicas. En pocas palabras, la individualización de la pena tiene como marco fundamentador el llamado Derecho Penal de autor.

Las implicaciones de tales afirmaciones, fueron recogidas por los ordenamientos penales que, como el nuestro, se vinculan al derecho escrito o latino, principalmente, pero en lo relativo a la teoría de la pena, por todos los países "civilizados". Así, el término temibilidad se acuña, en México, por el de peligrosidad, mismo que aún en la actualidad sigue vigente en nuestra legislación adjetiva penal.

De acuerdo con la teoría de la pena, en la prevención especial los fines de la pena son la readaptación social. Principio recogido por nuestra Carta Magna¹ y en la reforma penitenciaria que vivimos en los años 70's.² Con lo que la educación, el trabajo, la capacitación para el trabajo son los estandartes de nuestro sistema penitenciario para readaptar socialmente al delincuente.

1 Artículo 18 constitucional cuyo contenido semántico se encarga de establecer todo lo relativo a la prisión preventiva y a la prisión como pena, señalando en su párrafo segundo lo siguiente: "Los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente".

2 Con lo que se pudo apreciar, la creación de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. La construcción de los reclusorios preventivos norte y oriente, en un principio, y luego el sur, así como la primera prisión abierta en México, de Almoloya de Juárez, hasta concluir con los modernos Ceresos de los estados. Esto, pese a que a nivel mundial la prisión presentaba una crisis en cuanto a los fines readaptadores desde los años 60's, con el surgimiento de la teoría del etiquetamiento y el nacimiento de la criminología crítica.

Estos principios (educación, trabajo y capacitación), son considerados en la justificación de la sanción, como los principales medios, entre otros, a través de los cuales podrá ser reinstalada a la sociedad aquella persona que ha delinquido.

En el Diccionario Jurídico Mexicano se define a la reincidencia como "... un volver o repetición del hecho ilícito que generalmente tiene un significado relacionado al de peligrosidad: un reincidente es 'más peligroso que una persona que por primera vez haya trasgredido el ordenamiento jurídico-penal'.³

Existe una serie de contradicción cuando se establece la concepción de la reincidencia como medio para determinar la adecuada sanción penal a imponerse a quien ha delinquido con anterioridad. Pues si quien se encarga del alcance de los fines es quien los aplica, ¿cómo es posible que se sancione a la persona en quien ha fracasado el estado en su readaptación social?

No se puede perder de vista que el aumento de la pena, a virtud de la reincidencia, rompe con la garantía constitucional que señala que en materia penal debe aplicarse la sanción estrictamente señalada para el delito y nunca se sancionará por analogía o mayoría de razón.⁴ Esta garantía conlleva al respeto de los principios generales, del derecho penal, de seguridad y legalidad jurídica. Al igual que se violenta la garantía de igualdad, pues en ella se encierra el presupuesto de que todos, al enfrentarnos al poder del estado, debemos ser tratados como iguales independientemente de nuestros antecedentes personales.⁵

En las reformas de 1994 a la leyes secundarias se hicieron a un lado las concepciones positivistas y se volvió el cauce hacia un estado de derecho, al pasarse de un Derecho penal de autor a un Derecho penal de acto. Con lo que la culpabilidad se transformó en el punto que ponía fin a la arbitrariedad basada

3 *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, novena edición, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, pp. 2766 a 2768.

4 Artículo 14, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

5 Artículos 1 y 13 de la Carta Magna.

en la personalidad para la individualización de la pena. Con lo que desapareció la palabra "peligrosidad" del numeral 52 del Código Penal. Y de casi toda la legislación, con la excepción ya señalada en la ley adjetiva. Siendo innecesario tomar en consideración lo que era el sujeto para determinar el *quantum* de la pena, o para concederle o no alternativas a la prisión o beneficios a ella.

Sin embargo, a dos años de la reforma, debido a una encarnada campaña en los medios masivos de comunicación, el legislador retomó los criterios de reincidencia llevándolos a sus más drásticas consecuencias. Esto es, hasta introducirlas como presupuestos para poder gozar del derecho a la garantía de la libertad provisional bajo caución.

Todo esto ha conllevado, necesariamente, al enfrentamiento de la problemática de tratar de entender lo que el legislador definió como *reincidencia* en la ley sustantiva penal. En ella, se fijaron tiempos exactos para su consideración y su medición, debiendo el juzgador o quien solicite no se tenga a alguien como reincidente o se le tenga como tal, recorrer una serie de preceptos legales que se incluyen en diversos títulos y capítulos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

El numeral 20 en su párrafo primero, del Código Penal, se encargó de definirla de la siguiente manera: "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."

Es así como la *reincidencia* y la *prescripción* son dos temas que van de la mano y que se vinculan, pese a cualquier idea *a priori*, de manera tal que no puede hablarse de la primera sin abordar el tema de la segunda. Pues como se ha visto en la definición descrita arriba, sólo podrá hablarse de la primera, si se conoce o estudia la segunda.

De la aseveración de lo que es la reincidencia por la ley, se plantean cuestiones y problemas de definición, pues se afirma que el tiempo para considerar a alguien como reincidente deberá ser tomado en consideración desde el cumplimiento de la condena. Por lo tanto, *reincidencia* y *prescripción*, van de la mano.

Para algunos, éste comenzará a correr a partir del momento en que el sentenciado es puesto a disposición de la autoridad ejecutora (prevención y readaptación social) para el cumplimiento de la sanción impuesta.

Otros indicarán que el tiempo se computará a partir del momento en que se declare que la sentencia causa ejecutoria, remitiéndose a los artículos relativos de la ley adjetiva.⁶

Y, finalmente, algunos sostendrán que el tiempo comenzará a contar a partir de que la persona es considerada como compurgada. Lo cual conlleva a la emisión, por quien le juzgó, de las boletas de libre compurgado. Siendo este exacto momento en el que se concluye al procedimiento penal, desde mi punto de vista.

La palabra cumplir implica tres momentos diversos: comenzar a hacer algo; cuando ese algo se ejecuta; o bien, concluir algo,⁷ presupuesto a través del cual se justifican sólo dos de las tres posibles posturas a adoptarse. Porque la segunda no guarda ninguna relación con el significado de la palabra cumplimiento.

¿Cuál de las tres acciones señaladas por el verbo, será la que implica una correcta interpretación legislativa?⁸ Pregunta que surge al existir jurisprudencia definida que ha señalado lo siguiente:

6 Como el presente artículo no pretende abarcar más allá de fuero común en el Distrito Federal, los artículos que se tomarán en consideración son el 443, 418, fracción I, 330, 568 Fracción VI, entre otros.

7 Cfr. en el diccionario la palabra cumplir.

8 Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tercera Parte. De los Tribunales Colegiados de Circuito. Vol. 74, p. 61. Cuyos antecedentes son: Amparo directo 143/90, de 16 de mayo de 1990. Amparo directo 129/90 de 14 de noviembre de 1990. Amparo directo 453/92, de 10 de febrero de 1993. Amparo directo 640/92, de 6 de abril de 1993. Amparo directo 256/90, de 7 de julio de 1993.

"REINCIDENCIA. INFORME DE ANTECEDENTES PENALES ES INSUFICIENTE PARA JUSTIFICARLA. Si la autoridad responsable para acreditar la reincidencia del acusado tomó en base el informe de antecedentes penales, en el que se asentó que al procesado se le impuso una pena corporal por haberlo encontrado responsable por un delito diverso, documento que si bien alcanza el rango de público, dicho informe no es apto ni suficiente para justificar la reincidencia del sentenciado, *en virtud de que el medio eficaz para acreditar tal extremo 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; *de modo que si el órgano acusador omitió aportar los indicados medios de prueba, es claro concluir que no debe tenerse al acusado como reincidente.*"

Texto del cual resultan hechos sobresalientes. En primer lugar, indica que lo que puede tomarse como parámetro para la lectura de la reincidencia lo es el hecho de existir auto que declare ejecutoriada la sentencia condenatoria dictada en contra del autor del delito. Criterio con el que se podría decir, se afirma la segunda postura. Misma que no está incluida como parte de la definición el verbo cumplir.

El segundo lo es el hecho de que (véanse cursivas), es la representación social, la que deberá solicitar al juez, se giren los oficios respectivos para la certificación de la existencia o no de antecedentes penales de una persona determinada. Por lo que la práctica de los jueces de solicitar de oficio dichos informes a las autoridades competentes, es contraria a la jurisprudencia aquí mencionada y, como consecuencia, violatoria de las garantías individuales, al tratarse de un procedimiento imparcial, en el que se están supliendo de oficio las deficiencias o los desconocimientos de quien tiene la potestad del ejercicio de la acción penal y de la persecución de los delitos, mismas que concluye con la respectiva solicitud de la imposición de la pena, en su caso.

¿Qué sucede, ante la incongruencia de la jurisprudencia con el significado de una palabra determinada? De conformidad con lo establecido en el artículo 192 de la Ley de Amparo, y la doctrina que fundamenta y justifica todo el juicio de garantías,⁹ la anterior definición es suficiente para poder aseverar que ese es el criterio rector y obligado a seguir por los imparciales de justicia, pese a no existir concordancia entre el significado de la palabra con la interpretación que se le da.

Aceptando sin conceder, que se esté compartiendo lo antes indicado, deberá señalarse además que tal postura no contempló en su elaboración los atestados planteados en el capítulo de la prescripción en el Código Penal pero, sobre todo, en los numerales 101, 103, y 113,¹⁰ con los que choca irremediablemente. Pues de ellos se desprende:

En primer lugar, que en la prescripción, que debe hacerse valer de oficio por los juzgadores, el tiempo corre en favor del sujeto que se ha enfrentado al derecho penal y en contra de la potestad punitiva del estado.

El segundo lugar, que el tiempo de la prescripción de la sanción privativa o restrictiva de la libertad,¹¹ comenzará a correr continuamente a partir del día siguiente al en que se evada a la acción de la justicia el condenado.

⁹ Cfr. *Bibliografía relativa al juicio de amparo.*

¹⁰ Para lo cual me permito transcribirlos literalmente sólo en el punto que interesa para la reincidencia y es el relativo a la prescripción de la pena de prisión o privativa o restrictiva de la libertad: "Artículo 101. La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley.(...)". "Artículo 103. Los plazos para la prescripción de las sanciones serán igualmente continuos y correrán desde el día siguiente a aquel en que el condenado se sustraiga a la acción de la justicia, si las sanciones son privativas o restrictivas de la libertad, y si no lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoriada". "Artículo 113. Salvo que la ley disponga otra cosa, 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; ..."

¹¹ En este sentido hay que resaltar desde mi punto de vista, que se refiere no sólo a las medidas de seguridad que la restringen, sino a aquellas sanciones a través de las cuales se impide el ejercicio de cualquier derecho, pues indirectamente implican restricción de la libertad como se entiende constitucionalmente hablando (como la prohibición de ir a lugar determinado, vigilancia de la autoridad, privación de derechos etcétera)

En tercer lugar, que para poder medir el tiempo que opera en favor del sentenciado, deberá tomarse en consideración el *quantum* de la pena, de restricción o privación de la libertad, impuesta. A ella se le agregará una cuarta parte más, de la misma, pero nunca podrá ser inferior de tres años. Tiempo que se duplicará en relación a los prófugos de la acción de la justicia que huyan al o se encuentren en el extranjero (artículo 101, párrafo segundo del Código Penal).

El segundo postulado implica que el sujeto o se evade de la prisión o se encuentra en libertad provisional bajo caución. Porque quienes estén internos, en prisión preventiva, no requieren de la prescripción porque automáticamente serán canalizadas a la expiación de la pena. Pero en ningún momento habla de que cause ejecutoria la sentencia.

El presupuesto de causar ejecutoria la sentencia se relaciona (artículo 103 del Código Penal) con todos aquellos casos en los cuales se ha impuesto cualquier otra pena, excepto la privativa de la libertad.

En este orden de ideas, el criterio jurisprudencial citado con anterioridad no tomó en consideración la legislación positiva y vigente. Misma que diferenció las rigurosas formas del conteo del tiempo para la prescripción de las penas privativas o restrictivas de la libertad y las restantes sanciones penales.

Como consecuencia, cabe preguntarse: ¿si la jurisprudencia es el medio a través del cual el Poder Judicial hace valer su criterio interpretativo, su autonomía, y pone límites a los restantes poderes; puede con ella violentar diversos ordenamientos legislativos? Pienso que no. Porque la interpretación de un precepto legal es desentrañar el significado del lenguaje del legislador, plasmado en una norma determinada, exclusivamente.

Esta interpretación debe basarse, entre otras cosas, en el entendimiento y conocimiento de la totalidad de la legislación existente, en relación a un tema determinado, para evitar caer en contradicciones. De no hacerse así, en lugar de interpretarse un precepto legislativo se caería en el proceso integrativo de la ley o de la norma, esto es, el proceso legislativo.

Facultad con la que ninguna de nuestras autoridades judiciales cuenta hasta nuestros días. Misma que resultaría contraria a los principios de división de poderes, dentro del marco constitucional y el sistema del juicio constitucional, al invadir atribuciones y violentar las facultades y atribuciones que le han sido otorgadas.

En este sentido el criterio hasta ahora indicado, pese a lo señalado por la jurisprudencia, resulta erróneo en su interpretación.

Corresponde ahora estudiar la postura que se enunció en primer lugar, relativa a que se considerará que el tiempo para la prescripción deberá ser tomado a partir de que el sentenciado es puesto a disposición de la autoridad ejecutora.

Este presenta las siguientes hipótesis:

a) sentencia condenatoria con detenido;

a.1. con beneficio alternativo a la prisión (condena condicional);

a.1.1 no cumple con el beneficio concedido.

a.1.2 cumple parcialmente con el beneficio concedido.

a.1.3 cumple totalmente con el beneficio concedido.

a.2. con sustitutivos a la prisión, en los cuales cada sustitutivo tendrá efectos diversos.

a.2.1 multa;

a.2.2 tratamiento en libertad;

a.2.3 trabajo en favor de la comunidad;

a.2.4 tratamiento en semilibertad.

a.3. sin alternativos o sustitutivos a la prisión;

b) sentencia condenatoria sin detenido;

b.1. con beneficio alternativo a la prisión (condena condicional);

b.1.1 no cumple con el beneficio concedido.

b.1.2 cumple parcialmente con el beneficio concedido.

b.1.3 cumple totalmente con el beneficio concedido.

b.2. con sustitutivos a la prisión, en los cuales cada sustitutivo tendrá efectos diversos.

b.2.1 multa;

b.2.2 tratamiento en libertad;

b.2.3 trabajo en favor de la comunidad;

b.2.4 tratamiento en semilibertad.

b.3. sin alternativos o sustitutivos a la prisión.

En los casos del inciso *a*), debe señalarse, que el sentenciado será puesto, por conducto del reclusorio preventivo, una vez que cause ejecutoria la sentencia, de inmediato, a disposición de la autoridad ejecutora, tanto para expiar la pena de 'prisión impuesta [a.3], o bien para disfrutar de la condena condicional [a.1], o para gozar de los sustitutivos penales [a.2].

Tratándose de las hipótesis a.1) y a.2), éstas presentan algunos bemoles. Y son los relativos a si cumple en su totalidad, parcialmente o en nada la sanción por la que se le concedió la condena condicional o los sustitutivos penales. Y, por lo que hace a los últimos, de acuerdo al tipo de sustitutivo concedido [a.2.1 a a.2.4].

En el caso de que cumpla en su totalidad con el beneficio o sustitutivo otorgado, las cosas no pasan a más. Pero tratándose de los restantes debe señalarse lo siguiente: La Dirección General de Prevención y Readaptación Social, deberá de comunicar al juzgador, de inmediato, que el sentenciado puesto a su disposición, ha dejado de cumplir con sus obligaciones contraídas (por la condena condicional o por los sustitutivos penales, con excepción de la multa [a.2.1]. Pero la práctica ha demostrado que la ejecutora tarda hasta 6 meses o más en remitir el citado informe.

Hecho lo cual, el juzgador dará vista a la representación social para que solicite lo que a su derecho corresponda. No debe

perderse de vista que, en la mayoría de los casos, lo solicitado es la reaprehensión del sentenciado y dejar sin efectos el beneficio o sustitutivo concedido, pues el dejar de cumplir con sus obligaciones equivale, en la práctica judicial, a la evasión de la acción de la justicia.

Lograda la reaprehensión, el sentenciado puede solicitar se le continúe concediendo el beneficio (artículo 90, fracción IX del Código Penal) o el sustitutivo (artículo 71 del Código Penal) del que venía disfrutando. Por lo que el juez deberá decidir si procede o no que continúe gozando con el beneficio o el sustitutivo concedidos, atento a los textos legales y a las razones que alegue y compruebe el reo.

En caso de que se le permita continuar gozando de ellos, la autoridad ejecutora se encargará de seguir vigilando el cumplimiento de las obligaciones del reo. Hasta que concluya con ellos o bien, nuevamente, deje de cumplir con sus obligaciones.

La razón por la cual la sustitución de la pena de prisión por multa resulta una excepción a todo lo señalado, tiene su origen en el hecho de que: En primer lugar, compete a la Tesorería del Distrito Federal su cobro, y no a la Dirección General de Prevención y Readaptación Social (Secretaría de Gobernación).

En segundo lugar, porque para su cobro existe la posibilidad de hacer válido el procedimiento económico coactivo, procedimiento que sólo puede hacerse valer tratándose de las sanciones pecuniarias (artículos 29 a 39 del Código Penal).

En tercer lugar, porque la propia Corte¹² ha señalado que una vez que se concede la sustitución de la pena de prisión por multa no puede darse marcha atrás con el sustitutivo concedido.

¹² Así la Suprema Corte ha señalado: "SUSTITUCIÓN DE SANCIONES, NATURALEZA DE LA. Es un error generalizado interpretar que la sustitución de la pena de prisión por multa, implica que de no cubrirse ésta en un plazo determinado, nuevamente podrá cambiarse la naturaleza de la sanción, convirtiéndola otra vez en privativa de la libertad. Efectivamente, la palabra sustituir, no solamente en el lenguaje jurídico, significa cambiar una cosa por otra; es decir, *tratándose de la pena, se refiere al cambio de la naturaleza de una sanción privativa de la libertad por una de tipo económico y esta trasmutación lleva consigo forzosamente la desaparición de la pena original. Ahora bien, si la pena de prisión ha desaparecido, no existe ningún dispositivo ni institución jurídica a virtud de la cual pueda volver a cobrar vida, aún cuando el reo no llegue a pagar la multa impuesta, en cuyo caso la ley prevé la forma en que las au-*

Podrá, como consecuencia, cuestionarse entonces, este criterio de la Corte en el sentido de que la concesión por el juez del sustitutivo penal de la pena de prisión por multa implica la aplicación directa no de la prisión sino de una pena diversa. Porque, en primer lugar, implica que por ningún motivo, podrá dictarse auto de formal prisión, sino de sujeción a proceso, a todo procesado cuya pena máxima a imponerse sea de hasta dos años de prisión (piénsese en la Justicia de Paz Penal) o en algunos casos de concurso de delitos o acumulación*.

En segundo lugar, deberá de cuestionarse esa limitativa interpretación que se hace sólo de este sustitutivo penal, porque el mismo criterio debería aplicarse a los restantes sustitutivos, con un criterio interpretativo igualitario, que se funda en los principios generales del Derecho, de la igualdad ante la Ley, y el de la aplicación en favor del gobernado, del criterio más benéfico.

Y, en tercer lugar, que pese a tratarse de un criterio de interpretación jurisprudencial que a todas luces va en beneficio de los procesados, se comete el mismo error señalado en el análisis de la anterior jurisprudencia porque, nuevamente, el juzgado no está interpretando la norma sino que la está integrando. Debiéndose repetir, como consecuencia, todo lo ya indicado anteriormente.

Lo anterior tiene su fundamento en el hecho de que el legislador en el artículo 71 del Código Penal no distinguió entre los sustitutivos penales, y máxime, si el pago de la multa sustitutiva de la libertad, puede hacerse en parcialidades, tomando en consideración la autoridad ejecutora las condiciones perso-

toridades fiscales correspondientes pueden utilizar los procedimientos adecuados para hacerla efectiva en favor del Estado." (Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: 7a. volumen 115-120. Parte segunda p. 109. Precedente: Amparo directo 886/76., 13 de noviembre de 1978. También fue publicada en el Informe de 1978, tesis 50, p. 29, con el rubro: "SUSTITUCIÓN DE SANCIONES, CORRECCIÓN INTERPRETACIÓN DE LA").

¹³ Criterio alternativo de interpretación que llegó a ser publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, colección Cuadernos para la Reforma de la Justicia número 2. *Las penas sustitutivas de Prisión*, 1995.

nales y económicas del sentenciado.¹⁴ Así como que para dejar sin efectos los sustitutivos penales, el juez deberá de tomar en cuenta que el reo no cumplió con las condiciones señaladas, salvo que estime conveniente apercibirlo de que si incurre en nueva falta se hará efectiva la sanción. Inclusive, señala que en caso de hacerse efectiva la pena de prisión impuesta, deberá de descontarse la sustitución cumplida por el reo.¹⁵

Todo lo cual significa, necesariamente, que los sustitutivos penales no encuentran diferenciación en cuanto a su cumplimiento por el reo en la ley, pero de ellos se ha hecho diferencia a través de las interpretaciones jurisprudenciales, indebidamente.

Los verdaderos problemas se abordan al tratarse el punto relativo a las sentencias condenatorias sin detenidos (b). Porque en ellas existe la necesidad de condicionar la concesión de los alternativos o sustitutivos de la prisión a ciertas actividades que deberá realizar el sentenciado para gozar de ellos, en

¹⁴ El artículo 29 del Código Penal dice en sus párrafos segundo y final: "La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará en días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos". "En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado en favor de la comunidad, o al tiempo de prisión que el reo hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad, caso en el cual la equivalencia será a razón de un día multa por un día de prisión". Por su parte el numeral 35, párrafos primero y segundo, de la misma ley, indican: "El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá entre el estado y la parte ofendida; al primero se le aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación." Finalmente, el numeral 39 párrafo final señala: "La autoridad a quien corresponda el cobro de la multa podrá fijar plazos para el pago de ésta, tomando en cuenta las circunstancias del caso".

¹⁵ El artículo 71 del Código Penal dice: "Artículo 71. El juez dejará sin efecto la sustitución y ordenará que se ejecute la pena de prisión impuesta, cuando el sentenciado no cumpla con las condiciones que le fueren señaladas para tal efecto, salvo que el juzgador estime conveniente apercibirlo de que si incurre en nueva falta, se hará efectiva la sanción sustitutiva o cuando al sentenciado se le condene por otro delito. Si el nuevo delito es culposo, el juez resolverá si se debe aplicar la pena sustituida. En caso de hacerse efectiva la pena de prisión sustituida, se tomará en cuenta el tiempo durante el cual el reo hubiera cumplido la sanción sustitutiva."

virtud de que se encuentra gozando de la libertad caucional, o bien, está sujeto a proceso.

Condicionamientos que encuentran su fundamentación en la propia legislación penal (artículos 71, 76 y 90 del Código penal). No pudiéndose perder de vista que tratándose de los sustitutivos (b2.1), el de multa, encuentra su propia interpretación, como se ha señalado líneas arriba.

Es cierto que si no se cumple con las condiciones impuestas, tratándose de los que gozan de la libertad provisional bajo caución, por el simple hecho de que la sentencia cause ejecutoria, la garantía de libertad deberá de revocarse, a solicitud expresa del Ministerio Público (artículo 568 fracción VI del Código de Procedimientos Penales.¹⁶ Con lo que la orden de reaprehensión será inevitable.

Tratándose de los que están sujetos a proceso, será a solicitud del Ministerio Público, pese a lo señalado en el artículo 580 del Código Procesal Penal¹⁷ que el juez gire la correspondiente orden de aprehensión.¹⁸

Presentándose las mismas hipótesis señaladas para el caso de que comiencen a cumplir con la alternativa o el sustitutivo a la pena de prisión para los casos a).

¹⁶ Artículo que a la letra dice: "El juez podrá revocar la libertad caucional cuando a su criterio el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones previstas en el artículo anterior. Asimismo se revocará la libertad caucional en los siguientes casos: (...) "VI.- Cuando en su proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia; (...)."

¹⁷ Ello, aun cuando se ordene el juez o tribunal realizar los trámites necesarios para que el reo sea puesto a disposición de la autoridad ejecutora (pues el numeral señala: "Artículo 580. El juez o tribunal están obligados a dictar de oficio todas las providencias conducentes para que el reo sea puesto a disposición de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social. El incumplimiento de esta obligación se sancionará con multa de veinte a cuarenta días de salario mínimo."). Las órdenes de aprehensión o reaprehensión sólo se podrán girar a virtud de la solicitud expresa del persecutor de los delitos, en respeto absoluto de los numerales 14, 16, 20 fracción Y, 21 constitucionales; 132, 133 y demás del Código, procesal Penal. Con lo que se respeta la división de poderes y las garantías de legalidad y seguridad jurídica de todo sentenciado.

¹⁸ Señalo orden de aprehensión y no reaprehensión, porque aún cuando el sentenciado va a ejecutar la pena de prisión y en su contra se giró o cita o bien orden de comparecencia, previa a dictarse la sujeción a proceso, nunca ha sido materia de aprehensión, por ello este es el término correcto y adecuado para denominarla.

Pero ¿en qué momento comenzará a correr el término de la reincidencia para todos ellos (casos a1), a2), b1), y b2) si, como se ha señalado, la reincidencia y la prescripción están íntimamente relacionadas por la legislación?

Como la postura analizada es la de que la prescripción se basa en el conteo del tiempo en que el sentenciado es puesto a disposición de la autoridad ejecutora, aún cuando en los ejemplos señalados, el sentenciado sea puesto en varias ocasiones a disposición de la misma, se deberá tomar en consideración sólo la primera vez, porque de no ser así, se interpretaría en contra de los intereses del propio sentenciado la ley. Lo que no se puede realizar por el principio siempre aplicarse de lo más favorable al gobernado sujeto al proceso penal.

Resta hacer el análisis del tercer postulado, el relativo a que el tiempo de la prescripción comenzará a correr a partir de que se ha cumplido la totalidad de la pena privativa de la libertad.

Sirve como ejemplo de este postulado lo sostenido el 9 de agosto de 1993, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual en sesión aprobó la siguiente jurisprudencia que tuvo como origen una contradicción de tesis de Colegiados:¹⁹

"REINCIDENCIA, REGLA GENERAL Y ESPECIAL DE LA FIGURA DE LA. EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE ESTADO DE JALISCO. El artículo 16 del Código Penal para el estado de Jalisco, define una regla general del concepto reincidencia, al afirmar que debe asignarse este carácter a un acusado, cuando se demuestre que tiene antecedentes de una sentencia condenatoria por delito doloso, así mismo, que la conducta motivo de la nueva condena también fuese dolosa y se haya concretado en el lapso comprendido entre el cabal cumplimiento de la anterior condena, o bien cuando en relación a la misma se le hubiese concedido indulto por gracia, y antes de fenecido un término igual al de la pres-

¹⁹ Contradicción sustentada por el Primer (antes único) y Segundo tribunales Colegiados en Materia Penal del Tercer Circuito, con residencia en la ciudad de Guadalajara, Jalisco.

cripción de la sanción impuesta; por otra parte, el precepto 71 fracción II del preinvocado ordenamiento punitivo, conceptúa una regla especial sobre el tema, donde al retomar el presupuesto de la regla general consiste en la nueva comisión de un ilícito doloso, adiciona como elemento novedoso que, en previa condena, se haya otorgado al sentenciado el beneficio de suspensión condicional de la pena, además, que la nueva conducta se haya realizado entre la concesión del citado beneficio y la prescripción de la pena suspendida en su ejecución. En forma consecuente, para aplicar la regla general, es indispensable la determinación de la fecha en que el reo compurgó su sentencia anterior o bien, en que se otorgó el indulto por gracia, con la finalidad de hacer factible el cómputo a que se refiere 16 enunciado, en tanto que, para actualizarse las hipótesis de la regla especial, es relevante el momento en que se otorgó beneficio de la suspensión, condicional de la pena, para estar en aptitud de computar el plazo establecido en la citada fracción II del numeral 71 también referido.²⁰ y. ²¹

Pero no deberá perderse de vista que tal propuesta de interpretación tiene como fundamento un precepto legal específico, que lo es el artículo 16 de la Legislación Penal de Jalisco. Texto con el cual no se cuenta en el Distrito Federal ni en materia federal.

Las consecuencias de una interpretación similar en el medio legislativo en que se está planteando, permitiría ir más allá de los principios rectores del Derecho penal. Pues se iría a la construcción o elaboración de una norma inexistente. Se estarían violando los principios generales del Derecho en contra

²⁰ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Octava Época, Primera parte. Primera Sala. Vol. 71. Pág. 14. Clave 1a/J.6/93. Folio 114808.

²¹ Dicho artículo del Código Penal de Jalisco a la letra dice "Artículo 16. Hay reincidencia siempre que el sentenciado por sentencia ejecutoriada dictada por tribunal de la República o del extranjero cometa otro delito doloso y después de haber cumplido con la sentencia no ha transcurrido desde entonces, o desde el indulto, un término igual a la prescripción de la sanción impuesta."

del Sentenciado, conculcándose así sus garantías constitucionales y los principios rectores de los denominados estados de Derecho²²

Consecuente con todo lo hasta ahora indicado, podrá señalarse que la verdadera interpretación que se deberá realizar de la prescripción, tiene que ver con el postulado en segundo lugar estudiado, esto es, en el sentido de que la misma comenzará a correr a partir del primer momento en que el sentenciado es puesto a disposición de la autoridad ejecutora. Independientemente de si el autor del delito se evade o no a la acción de la justicia. Pues tal evasión, deberá ser permitida, como ocurre dentro de la legislación penal, en el punto en que se establece esta conducta como delictiva²³

Punto en el cual se permite, a cualquier interno, evadirse de la acción de la justicia y no constituye delito, por encontrarse detrás de este punto la denominada "no exigibilidad de otra conducta", que constituye una excluyente de responsabilidad. Considerándose como delictiva su conducta, sólo cuando para evadirse concreta otras actividades que en sí mismas pueden ser constitutivas de otro u otros delitos.

Retomando el tema de la reincidencia, que pareció perderse en el desarrollo de la presente indagatoria, debe señalarse que ésta sólo se dará cuando entre la primera puesta a disposición del sentenciado a la autoridad ejecutora y la nueva concreción de un delictivo, no haya transcurrido el tiempo necesario para la prescripción de la sanción privativa de la libertad. Pese a que la legislación constitucional y penal establecen la posibilidad de que se tome en consideración ésta, para no conceder garantías, alternativas o sustitutivas de la pena de prisión; tales producciones normativas atentan contra el principio de igual-

²² En los que la palabra Derecho no implica sólo la aplicación literal de la legislación positiva, sino de los postulados de los principios generales de Derecho. Lo primero se respeta hasta en los estados autoritarios o dictatoriales. Pero la segundo, sólo en aquellos que se consideren a sí mismo como civilizados y que hayan suscrito, entre otros tratados internacionales, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos del Ciudadano, como nuestro país.

²³ Artículos 150 a 154 del Código Penal. Pese a que en el último de los numerales se establezca una excusa absoluta y no una excluyente de responsabilidad.

dad ante la ley, con el que nacemos todos los habitantes del mundo a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Sobre todo, si nacimos o nos encontramos en un estado que se autodenomina de Derecho.

A lo anterior deberá agregarse que, al replantearse teóricamente los postulados del Derecho penal, en nuestro país, y darse el cambio de un Derecho penal de autor (sostenido por la escuela positiva a finales del siglo pasado y principios de éste) a un derecho penal de acto (sostenido por la teoría de la culpabilidad y reinante en todos los estados que se autodenominan "de derecho", vigente desde la segunda mitad del presente siglo); la concepción de reincidente, no puede tener cabida en lugar alguno de la legislación.

De no hacerse así, los principios parasimpáticos teóricos se están contraviniendo, con lo que se produce una aberración en las aseveraciones, desde un punto de vista científico, y porque, como consecuencia, es imposible sostener una postura así en la realidad, porque los mismos principios se autocontradicen y, como señalan los psicólogos, no existe un principio rector que permita tener coherencia en la personalidad (del estado), al darse un doble mensaje. Lo cual hace que quienes deben creer en la persona (estado), se sientan inseguras y aprendan que hay una diferencia diametral entre lo que se dice y lo que se hace. En virtud de la falta de coincidencia entre el discurso y los hechos.

La única solución, científica, con que se contaría para poder seguir sosteniendo el principio de reincidencia, como parámetro en la concesión de garantías o de alternativos o sustitutivos a la prisión, sería retomar el paradigma temibilidad o peligrosidad. Lo cual no resultaría difícil a virtud de toda la construcción social de la realidad que se ha venido desarrollando en nuestra sociedad, en la que las falsas conciencias de la realidad han sido construidas a través de los medios masivos de comunicación, de manera efectiva.

Otra solución, para el recrudescimiento de la reacción del estado en contra de los ciudadanos, y que no implica necesariamente el hecho de recurrir al concepto de reincidencia, es la de implantar la nueva corriente científica que avala el sistema

norteamericano de justicia penal, el empleo del denominado Realismo de Derecho, en cuya fuente teórica sus postulados permiten no sólo la inclusión de las prisiones de máxima seguridad (que ya hay en nuestro país), sino también la reconstrucción de todo el paradigma del Derecho penal y de la pena.²⁴

LA PREVENCIÓN ESPECIAL DEL DELITO O EL ACTO DE READAPTAR

José Manuel CASOPUEBLO VALBUENA

Prevenir es evitar un suceso antes de que ocurra en virtud de haber hecho una representación mental del mismo. Es anticipar un suceso, impedir que se realice. La prevención especial del delito se hace para evitar la reincidencia del delincuente, porque reincidir es volver a incurrir en una culpa o delito ya que reincidencia es la repetición de culpa o delito. Ya, por último, especial es lo que se aplica particularmente a una cosa.

En consecuencia, para iniciar y antes de entrar al tema es posible definir la Prevención Especial, y además como herramienta de readaptación, decir que se trata de un conjunto de disposiciones tomadas para evitar el peligro en el momento en que ya ha cometido un delito, impidiendo que vuelva a incurrir en culpa por causa de una conducta repetida.

La doctrina sustenta además a la prevención como un todo físico y moral para evitar la presencia del delito a lo que responde en forma general, abstracta e impersonal, sin embargo, la realidad impide que esta sanción se forme de manera automática. La pobreza en que se encuentra la población mayoritaria del país, las diferencias étnicas, el desempleo, el analfabetismo, la corrupción y la falta de ciertos elementos de seguridad pública han sido, entre muchos, los factores que impiden la correcta operación de la prevención general.

Cada día se hace más grande y más profunda la fractura que separa a los clases sociales. Ante esta segunda realidad

²⁴ Tema que será interesante abordar en un futuro próximo.